

LA INCAPACIDAD TEMPORAL

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- I. CONCEPTO DE INCAPACIDAD TEMPORAL**
- II. REQUISITOS Y BENEFICIARIOS DE LA IT**
- III. SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**
- IV. TRAMITACIÓN DE LA IT**
 - 1. SOLICITUD DE IT**
 - 2. DOCUMENTOS NECESARIOS**
- V. ENTIDADES GESTORAS**
- VI. ENTIDADES COLABORADORAS**
- VII. COLABORACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES Y EMPRESAS**
- VIII. MEJORAS VOLUNTARIAS**
- IX. INTERVENCIÓN DE VARIAS MUTUAS Y/O EMPRESAS**
- X. TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL**
- XI. DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA**

- XII. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO Y DEL TRABAJADOR DURANTE LA BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL**
 - 1. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO**
 - 2. OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR**
- XIII. CONTENIDO DE LA ACCIÓN PROTECTORA**
- XIV. FASES DE LA PRESTACIÓN**
- XV. GESTIÓN Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XVI. PAGO DELEGADO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XVII. INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DELEGADO**
- XVIII. COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES EN MATERIA DE CONTROL DE LA IT**
- XIX. LAS REVISIONES MÉDICAS**
- XX. TIPOS DE PROCESOS DE IT EN FUNCIÓN DE LA DURACIÓN ESTIMADA**
- XXI. EL PARTE MÉDICO DE BAJA**

- XXII. LOS PARTES MÉDICOS DE CONFIRMACIÓN DE LA BAJA**
- XXIII. INFORMES MÉDICOS COMPLEMENTARIOS**
- XXIV. PARTES DE ALTA DURANTE LOS 365 PRIMEROS DÍAS**
- XXV. OTROS INFORMES MÉDICOS DE CONTROL**
- XXVI. ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR DURANTE LA IT**
- XXVII. PROCEDIMIENTO DE DISCONFORMIDAD CON EL ALTA MÉDICA EMITIDA POR LA ENTIDAD GESTORA A PARTIR DE LOS 365 DÍAS**
- XXVIII. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LA MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL O LA EMPRESA COLABORADORA**
- XXIX. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XXX. DIVERSOS SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA IT**
- XXXI. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DIVERSAS DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL**

- XXXII. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDE UTILIZAR LA EMPRESA PARA COMPROBAR SI UN TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL ESTÁ O NO REALMENTE INCAPACITADO DE FORMA TEMPORAL PARA EL TRABAJO**
- XXXIII. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR**
- XXXIV. INCAPACIDAD TEMPORAL Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO**
- XXXV. DESPIDO DE TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XXXVI. DESPIDO TÁCITO. NEGATIVA DE REINCORPORAR AL TRABAJADOR TRAS INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XXXVII. SALARIO REGULADOR PARA EL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XXXVIII. BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN PERIODO DE VACACIONES**
- XXXIX. IT Y VACACIONES NO DISFRUTADAS**

- XL. ACCESO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD TRAS EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XLI. ACCIDENTE SUFRIDO TRAS LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO**
- XLII. INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN**
- 1. INTRODUCCIÓN**
 - 2. COLABORACIÓN VOLUNTARIA Y RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA**
 - 3. FALTA DE ALTA Y DESCUBIERTOS**
 - 4. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**
 - 5. RESPONSABILIDAD EN CASO DE DESPIDO**
 - 6. CAMBIO DE MUTUA**
 - 7. DURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ABONAR LA PRESTACIÓN**
- XLIII. INCOMPARECENCIA INJUSTIFICADA AL RECONOCIMIENTO MÉDICO POR INCAPACIDAD TEMPORAL**
- XLIV. DESPIDO DISCIPLINARIO POR INCOMPARECENCIA AL TRABAJO TRAS LA DENEGACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE**

- XLV. DESPIDO NULO POR COACCIONAR AL TRABAJADOR PARA QUE PIDA EL ALTA MÉDICA**
- XLVI. ELIMINACIÓN DEL DERECHO AL USO DEL VEHÍCULO DE EMPRESA EN VACACIONES Y PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**
- XLVII. REGÍMENES ESPECIALES**
- 1. REQUISITOS GENERALES EXIGIDOS**
 - 2. INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO EN EL RÉGIMEN GENERAL**
 - a. PRESTACIONES PARA LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA**
 - b. PRESTACIONES PARA LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA**
 - 3. INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL**
 - 4. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS**
 - 5. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN**
 - 6. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR**
- XLVIII. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

- 1. REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE MUFACE A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**
- 2. INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**
- 3. INDEMNIZACIÓN POR LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES**
- 4. SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO**
- 5. SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

XLIX. TRABAJADOR SIN PERMISO DE RESIDENCIA NI DE TRABAJO. DERECHO A COBRAR PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO

L. ASPECTOS PROCESALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

- 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA**
- 2. LEGITIMACIÓN PASIVA**
- 3. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DEL ALTA MÉDICA EMITIDA POR LAS ENTIDADES GESTORAS DERIVADA DE UNA INCAPACIDAD TEMPORAL POR DISCONFORMIDAD POR PARTE DEL TRABAJADOR**

LI. DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE IT. DESPIDO NULO. SENTENCIA DEL TJUE N.º 395/15, DE FECHA 01/12/2016

LII. DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE IT. DESPIDO NULO. SENTENCIA DEL J. SOCIAL N.º 33 DE BARCELONA DE FECHA 23/12/2016

LIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO 2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ENERO DE 2017**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2017**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1016**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2016**

- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE
NOVIEMBRE DE 2016**
- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE
NOVIEMBRE DE 2016**
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE
OCTUBRE DE 2016**
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE
OCTUBRE DE 2016**
- 16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE
DE 2016**
- 17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JULIO DE
2016**
- 18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JULIO DE
2016**
- 19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE
2016**
- 20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE
2016**
- 21. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE
2016**
- 22. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE
2016**

LIV. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

La Incapacidad Temporal es la situación en la que se encuentran los trabajadores impedidos temporalmente para trabajar debido a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social. También tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos.

Causas:

- Enfermedad común o profesional.
- Accidente, sea o no de trabajo.
- Período de observación de enfermedades profesionales, cuando sea necesaria la baja médica.

Requisitos:

- 1-Estar afiliado y en alta en la Seguridad Social o en situación asimilada al alta.
- 2- Tener cubierto un período de cotización de:
 - Por enfermedad común: 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.
 - Por accidente, sea o no de trabajo, y enfermedad profesional: no se requiere período previo de cotización.

Situaciones asimiladas al alta:

- La percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo.
- Trabajadores trasladados por sus empresas fuera del territorio nacional.
- Convenio especial de diputados, senadores y gobernantes y parlamentarios de Comunidades Autónomas.
- Los períodos de reincorporación al trabajo de los trabajadores fijos discontinuos, si procediera su llamamiento por antigüedad y se encuentren en incapacidad temporal.

- El período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
- Huelga legal y cierre patronal (alta especial).

PALABRAS CLAVES

Afiliación, alta, situación asimilada, accidente de trabajo, enfermedad profesional, común, prestación por desempleo, régimen general, periodo cotización, contrato a tiempo parcial, baja médica, pluriempleo, pluriactividad.

LA INCAPACIDAD TEMPORAL

I. CONCEPTO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Es la situación en la que se encuentra un trabajador que, debido a una enfermedad o accidente, se encuentra imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Se precisa, por tanto, la concurrencia de tres requisitos:

- La alteración de la salud.
- La imposibilidad temporal para trabajar.
- La necesidad de asistencia sanitaria.

Son causas determinantes de la incapacidad temporal:

- La enfermedad, común o profesional.
- El accidente, sea o no laboral.
- Los periodos de observación por enfermedad profesional cuando sea necesaria la baja médica.

II. REQUISITOS Y BENEFICIARIOS DE LA IT

Para causar derecho a la prestación económica por incapacidad temporal se precisa:

1º) Recibir prestación de asistencia sanitaria.

2º) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

A efectos de incapacidad temporal se consideran situaciones asimiladas al alta:

- El desempleo involuntario, total y subsidiado, en su modalidad contributiva.
- Traslado por la empresa fuera del territorio nacional.
- Convenio de diputados y senadores.
- Convenio de gobernantes y parlamentarios de Comunidades Autónomas.
- También se considera por la jurisprudencia situación asimilada el periodo de devengo de los salarios de tramitación.

Debe tenerse en cuenta, a los mismos efectos, que si la incapacidad temporal procede de accidente de trabajo o enfermedad profesional el trabajador se encontrará en situación de alta de pleno derecho.

Y, por último, que durante la situación de huelga o cierre patronal los trabajadores se encuentran, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, en alta especial, de manera que -por ejemplo-- iniciado un proceso de incapacidad temporal durante la huelga la prestación sólo se percibirá a partir de la finalización de la huelga.

3º) Reunir un periodo mínimo de cotización; a saber:

- Si procede de enfermedad común se exige un periodo de carencia de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

- En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exige período previo de cotización.

Consecuentemente, serán beneficiarios, las personas que reúnan los anteriores requisitos, es decir, que estén afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante, mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social y estén impedidas para el trabajo, reuniendo, en caso de enfermedad común, el periodo de carencia señalado. Ahora bien, si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se considerarán de pleno derecho, afiliados y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones.

Los períodos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o descanso por maternidad, durante los que perviva el contrato a tiempo parcial, así como los de percepción de la prestación por desempleo determinados por la suspensión o extinción de una relación laboral de ese tipo, tendrán la misma consideración, que el período precedente a la baja médica, al descanso, a la suspensión o a la extinción del contrato respectivamente.

El cómputo de los períodos que legalmente se asimilan a cotizados, que sucedan a períodos trabajados a tiempo parcial, se llevará a cabo de forma idéntica a la utilizada en relación con el último período trabajado.

Cuando se realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial, se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo como en las de pluriactividad en las que deba aplicarse el cómputo recíproco.

En ningún caso, podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

III. SITUACIÓN ASIMILADA AL ALTA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Son situaciones asimiladas al alta las que se crean para los supuestos de suspensión de la actividad laboral o extinción del contrato de trabajo con baja en la Seguridad Social que permitan mantener una relación con la mencionada entidad, protegiendo así los intereses del trabajador. Estas situaciones producen los mismos efectos que un alta efectiva en la Seguridad Social respecto al devengo de la prestación, pudiendo influir sobre la fecha de inicio o el plazo de solicitud.

Según los Art. 36, Real Decreto 84/1996, de 26 de enero y Art. 166, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y las normas reguladoras de las distintas prestaciones de la Seguridad Social, estas son:

1. La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo (RD 625/1985, de 2 de abril). Sentencia TS, Sala de lo Social, de 25/11/2009, Rec. 60/2009.
2. La excedencia forzosa, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,

podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan.

3. El período de excedencia por cuidado de hijo, tanto lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento familiar, tanto permanente como preadoptivo, sin perjuicio de la consideración, como período cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad, del primer año de dicha excedencia - La situación de excedencia por período no superior a tres años para cuidado de cada hijo tendrá la consideración de asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo, pero no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener dichas prestaciones. Sentencia TSJ Castilla-La Mancha, de 24/11/1999.
1. El período de excedencia para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida.
2. El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
3. La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos.
4. Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada.
5. Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.
6. Los períodos de percepción de la ayuda equivalente a jubilación anticipada.

7. La situación de incapacidad temporal que subsista, una vez extinguido el contrato.
8. La prórroga de efectos de la incapacidad temporal.
9. En el caso de los artistas y profesionales taurinos, los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural en aplicación de las normas que regulan su cotización y que no se correspondan con los de prestación de servicios (también, servirán para completar el período mínimo de cotización exigido, para la determinación del porcentaje y para el cálculo de la base reguladora).
10. En los distintos regímenes de la Seguridad Social encontramos peculiaridades como la consideración en situación asimilada al alta a efectos de la protección por maternidad una trabajadora autónoma que había finalizado un período de incapacidad temporal y sin solución de continuidad inicia una situación de maternidad consecuencia de parto, no habiéndose cumplido el plazo de 90 días naturales posteriores a su baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Sentencia TS, de 26/01/2005.
11. El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

A los efectos del derecho a la prestación por desempleo, se consideran las siguientes situaciones:

1. La excedencia forzosa por cargo público o sindical.
2. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional.
3. El retorno de los trabajadores emigrantes.

4. Los trabajadores fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente.
5. Finalizar la relación laboral estando trasladados o desplazados temporalmente por la empresa fuera del territorio nacional.
6. Finalizar su relación laboral en un período de huelga y/o cierre patronal legales.
7. La situación de incapacidad temporal, sin obligación de cotizar, así como la de invalidez provisional.
8. La situación de excedencia por período no superior a tres años por atender al cuidado de cada hijo.
9. La situación de excedencia para el cuidado de un familiar.
10. La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la paralización del contrato.

Se consideran situaciones asimiladas a la de alta, a efectos de la prestación por jubilación, las siguientes:

1. La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

2. La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no han sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
3. La excedencia forzosa.
4. El período de tiempo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del período considerado de cotización efectiva en el Art. 237 LGSS.
5. El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
6. La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos.
7. Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada.
8. Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.
9. Los períodos de percepción de la ayuda equivalente a jubilación anticipada y de la ayuda previa a la jubilación ordinaria.
10. La situación de incapacidad temporal que subsista, una vez extinguido el contrato.
11. La prórroga de efectos de la incapacidad temporal.
12. La situación de maternidad o paternidad que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.

13. En el caso de los artistas y profesionales taurinos, los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural en aplicación de las normas que regulan su cotización y que no se correspondan con los de prestación de servicios (también, servirán para completar el período mínimo de cotización exigido, para la determinación del porcentaje y para el cálculo de la base reguladora).
14. En el caso de los trabajadores afectados por el síndrome tóxico que, por tal causa, cesaron en su día en el ejercicio de su actividad laboral o profesional, sin que hayan podido reanudar dicho ejercicio, y que hubieran estado en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, la situación asimilada se entenderá con respecto al régimen en que el trabajador estuviese encuadrado cuando cesó en su actividad y para las contingencias comunes.
15. El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

Se consideran situaciones asimiladas a la de alta, a efectos de la Incapacidad permanente, las siguientes:

1. La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.
2. La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no han sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
3. La excedencia forzosa.

4. El período de tiempo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del período considerado de cotización efectiva en el Art. 237 LGSS.
5. El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.
6. La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos.
7. Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada.
8. Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.
9. La situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente debida a dicha contingencia.
10. Los períodos de percepción de la ayuda equivalente a jubilación anticipada y de ayuda previa a la jubilación ordinaria.
11. La situación de incapacidad temporal que subsista, una vez extinguido el contrato.
12. La situación de maternidad o paternidad que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.
13. La situación de prórroga de los efectos de la incapacidad temporal.

14. En el caso de los artistas y profesionales taurinos, los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural en aplicación de las normas que regulan su cotización y que no se correspondan con los de prestación de servicios.
15. En el caso de los trabajadores afectados por el síndrome tóxico que, por tal causa, cesaron en su día en el ejercicio de su actividad laboral o profesional, sin que hayan podido reanudar dicho ejercicio, y que hubieran estado en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, la situación asimilada se entenderá con respecto al régimen en que el trabajador estuviese encuadrado cuando cesó en su actividad y para las contingencias comunes.
16. El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

IV. TRAMITACIÓN DE LA IT

1. SOLICITUD DE IT

Si bien no es necesaria la presentación de una solicitud según el modelo oficial, resulta conveniente su utilización, ya que en los modelos oficiales se contienen los datos necesarios para resolver el expediente, agilizándose los trámites.

Los formularios de solicitud contienen instrucciones, para su cumplimentación, fácilmente entendibles. No obstante, si surgiera alguna duda, los funcionarios de los

Centros de atención e información (CAISS) prestarán el asesoramiento y la ayuda necesarios para la cumplimentación y presentación de los mismos.

Las solicitudes de prestaciones, cuya gestión está atribuida al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), serán tramitadas y resueltas:

- Con carácter general, en la Dirección Provincial del INSS donde se presente la solicitud.
- Si se trata de prestaciones por incapacidades laborales, en la Dirección provincial del INSS del domicilio del interesado.
- Si el solicitante reside en el extranjero, en la Dirección provincial del INSS de la provincia donde se acrediten o aleguen las últimas cotizaciones en España.

No obstante, pueden ser presentadas en cualquier registro oficial o, si dispone de certificado digital, en la Sede Electrónica de la Seguridad Social en Ciudadanos.

Desde el Sistema Red el usuario podrá realizar algunos trámites de Incapacidad Temporal de forma online (Grabación de Partes, Consulta de Partes, Anulación de Procesos de IT, Emisión de Informes). Para ello habrá que acceder desde la pestaña de Servicios Red y entrar en Incapacidad Temporal Online Real, donde aparece un submenú que muestra las transacciones posibles través de Incapacidad Temporal Online

1. Grabación de Partes de Incapacidad temporal

Seleccionando la opción de grabación de partes de IT deberemos introducir los datos identificativos de la empresa (Régimen y CCC), del trabajador (NAF) y el parte médico a grabar (Contingencia y Tipo de parte). Existen tres tipos de partes de Incapacidad Temporal:

- -Parte de baja: El parte de baja se cumplimenta una única vez cuando se inicia la enfermedad o se produce el accidente de trabajo que provocó la IT. Este parte

contiene los datos identificativos del trabajador y de su empresa, así como los datos médicos de la contingencia (tipo, fecha, duración del diagnóstico) y los datos económicos (base de cotización, días cotizados, grupo, tipo de contrato, categoría profesional, carencia) que permitan fijar la cantidad que debe cubrir el Estado en concepto de Incapacidad Temporal.

- -Parte de confirmación: Este parte de confirmación lo expide periódicamente el médico que trata la enfermedad o accidente de trabajo, a lo largo del proceso de IT. Este parte contiene datos identificativos así como un N° que irá correlativo a lo largo del periodo de IT.
- -Parte de alta: Este parte pone fin al proceso de Incapacidad Temporal y se cumplimenta cuando se produzca el alta que puede ser por curación o por cualquier otra causa.

1.1. Grabación de un parte médico de baja

Cabe destacar que no se podrán grabar partes médicos con una antigüedad superior a 3 años, que el n° de colegiado es obligatorio, habrá que cumplimentar si es recaída o no y la base de cotización no puede superar la base máxima de cotización ni cabe la opción de más de 31 días de cotización.

Con los datos del parte cumplimentados: los médicos (datos cumplimentados por el servicio público de salud o mutua de AT/EP); los datos económicos (datos proporcionados por la empresa) y opcionalmente los datos del trabajador pulsamos “Continuar”, si hay algún error se destacaran con un cuadro explicativo dando la opción de corregirlos.

Con los datos correctos parece una ventana con los datos identificativos de la empresa, del trabajador y el indicativo de si el trabajador tiene carencia para la prestación de IT. A continuación se confirmará la remisión y efectos con esos datos del parte de baja.

1.2. Grabación de parte de confirmación

Hay que tener en cuenta que la fecha de parte de confirmación debe ser posterior a la fecha de baja médica y anterior a la fecha de alta. Dependiendo del caso si se trata de una contingencia no profesional habrá unos u otros campos y una vez cumplimentados y pulsando el botón de “Continuar” se validan los datos introducidos. Si todo es correcto se muestra una ventana de confirmación con la razón social de la empresa, nombre y apellidos del trabajador y un indicativo que informa de si el trabajador tiene carencia para la Incapacidad Temporal (180 días cotizados en los 5 años anteriores a la fecha de la baja médica). Al confirmar esta ventana se indica si la operación se ha completado con éxito.

1.3. Grabación de parte de alta

En el caso del parte médico de alta habrá que tener en cuenta que la fecha de alta siempre será posterior o igual a la fecha de baja, anterior o igual a la fecha de grabación y compatible con otros procesos de IT grabados previamente. Por lo demás el proceso es similar al de grabación de los otros tipos de partes médicos, puesto que se introducen los datos en los campos (en este caso hay menos campos a cumplimentar) se pulsa continuar y superadas las validaciones, se confirmará la operación con la información consolidada.

Otras acciones a la hora de grabar un parte de I.T

Una vez confirmado un parte, se mostrará una ventana de resumen de la operación, en la que se podrán realizar las siguientes operaciones:

- -Generar Informe: Pulsando sobre este enlace se abrirá un informe PDF con los datos del parte grabado.
- - Otra empresa: Pulsando este botón se volverá al formulario con el tipo de parte seleccionado y el resto de campos en blanco.
- -Otro empleado: Pulsando este botón se volverá al formulario con el régimen, el C.C.C. y el tipo de parte seleccionado y el resto de campos en blanco.

- - Otra acción: Pulsando este botón se vuelve al formulario con los campos de régimen, C.C.C., N.A.F. y contingencia seleccionados, se permite grabar un nuevo parte de IT conservando la información y siendo preciso seleccionar el tipo de parte.

2. Consulta de Partes de Incapacidad Temporal.

Esta función permite consultar todos los partes de IT enviados hasta el día anterior por los usuarios del sistema RED independientemente de que hayan sido procesados como rechazados.

Cuando un parte ha sido procesado correctamente (aceptado por el INSS) se puede tener acceso a la base de datos de partes aceptados por el INSS, a veces puede que esta información no coincida con la enviada mediante el Sistema RED. El proceso de consulta consta de varias fases:

2.1 Pantalla De Criterios De Búsqueda

El usuario cumplimentará varios campos para buscar un parte determinado. Los resultados se obtendrán a continuación de pulsar el botón "Continuar". Los criterios de búsqueda podrán ser:

- -Régimen de la Empresa: Campo obligatorio. 4 dígitos.
- -Código Cuenta de Cotización de la Empresa: Campo obligatorio. 11 dígitos (Los dos primeros corresponden a la provincia).
- -Número de Afiliación del Trabajador: Campo opcional. 12 dígitos (Los dos primeros corresponden a la provincia).
- -Fecha de baja médica: Campo opcional. Fecha de baja del parte que se quiere consultar.
- -Fecha de recepción del parte: Consta de dos campos opcionales. Rango de fechas en que el parte ha sido recibido por el Sistema RED.

-También deberemos marcar alguno de los siguientes criterios opcionales:

1. Régimen, CCC y Número de Afiliación;
2. Régimen, CCC y fecha de recepción;
3. Régimen, CCC, NAF y fecha de recepción.
4. Régimen, CCC, NAF y fecha de baja médica.

Al pulsar el botón "Buscar" se visualiza el resultado de la búsqueda realizada y los partes enviados a través del sistema RED según los criterios especificados por el usuario. Los resultados se visualizan de 12 en 12 cuando no sea posible mostrarlos todos de una vez, pudiendo cambiar de página mediante ("Anterior" y "Siguiete"). Una vez encontrado el parte se accede a la siguiente pantalla y se muestra el contenido detallado del parte con los "Datos Enviados".

Se visualizan unas columnas con una descripción de los principales datos de cada parte:

- - La columna "Anulado" indica si el parte ha sido anulado después de haber sido recibido.
- - La columna "Erróneo" indica si el parte fue recibido con o sin errores.
- - Un parte recibido con errores no puede ser procesado y almacenado en la base de datos del INSS.

2.2 Detalle De Los Datos Enviados De Un Parte

En esta pantalla se visualizan los datos de un parte tanto de baja como de confirmación o alta que haya sido enviado a través del Sistema RED. Desde esta pantalla hay la opción de "Volver" y en ocasiones, otro botón de "Datos procesados", en este caso el parte se habrá procesado con éxito en la base de datos del INSS y al pulsar el botón se mostrará el detalle de dichos "datos procesados".

2.3 Detalle De Los "Datos Procesados" De Un Parte

Desde esta pantalla tendremos acceso al detalle de los datos de un parte procesado en la base de datos del INSS independientemente de que traten de partes de baja, confirmación o alta.

3. Anulación de Procesos de IT.

Esta función se utiliza para anular procesos de Incapacidad Temporal enviados por error por los usuarios mediante el sistema RED. El proceso de anulación consta de varias fases:

3.1 Pantalla De Criterios De Búsqueda

Para anular un parte deberemos de localizar el parte a anular, para ello deberemos introducir los criterios de búsqueda:

- -Régimen de la Empresa:
- -Código Cuenta de Cotización de la Empresa
- -Número de Afiliación del Trabajador
- -Opcionalmente la fecha de baja médica: Y a continuación marcaremos el botón "Buscar" para encontrar los partes enviados mediante el Sistema Red según los criterios especificados.

3.2 Pantalla De Resultados De La Búsqueda

En esta se muestran los partes enviados que se visualizarán de 12 en 12 y marcando uno concreto veremos el contenido detallado del parte a anular.

Los partes que no se pueden seleccionar y por tanto anular son aquellos que:

- - ya se hayan anulado.
- - los partes no procesados por ser erróneos (pues no son tenidos en cuenta para ser procesados).

- - los partes que hayan sido recibidos hace más de 30 días.

Para ello en la tabla de resultados vemos una descripción de los datos principales del parte:

- - La columna "Anulado" indica si el parte ha sido anulado por algún usuario después de haber sido recibido.
- - La columna "Erróneo" indica si el parte fue recibido con o sin errores. Teniendo en cuenta que parte recibido con errores no puede ser procesado y almacenado en la base de datos del INSS.

3.3 Detalle De Los Datos Procesados De Un Parte Para Proceder A Su "Anulación"

Podremos visualizar los el detalle de los datos de un parte enviado a través del Sistema RED. En esta pantalla se da la opción de proceder a la anulación del parte tanto del parte de baja como del alta.

Una vez pulsado el botón de anular parte, se abrirá un cuadro de diálogo para confirmar o cancelar la anulación del parte (pantalla de "Confirmación anulación"). Una vez realizada la anulación del parte se regresa a la pantalla de resultados de la búsqueda y se mostrará un mensaje avisando al usuario que la anulación se ha llevado a cabo con éxito o que ha ocurrido un error.

4. Emisión de Informes.

Desde esta función podremos obtener informes con los datos de los partes enviados a través del Sistema RED de los Códigos de Cuentas de Cotización para los cuales los usuarios estén autorizados.

Si el usuario solicita el informe de un parte que ya ha sido anulado, aparecerá una reseña en el informe indicándolo. Del mismo modo en el caso de solicitar el informe de un parte de confirmación, se incluye un listado de los doce últimos partes de confirmación. El proceso de emisión de informes se compone de varias fases:

4.1 Búsqueda Del Parte Cuyo Informe Se Desea Emitir

Se ha de buscar el registro del que se quiere emitir el informe con la opción de consulta de partes y dentro de la pantalla de criterios de búsqueda.

4.2 "Detalle" De Los Datos Enviados Del Parte Para Emitir Informe

Esta pantalla muestra el detalle de los datos de un parte (baja, confirmación o alta) enviado a través del Sistema RED. . Al final del parte hay la opción de regresar a la pantalla de criterios de búsqueda o bien de general el Informe del parte que se muestra.

4.3 Generación Del Informe En Formato Pdf

Al pulsar el botón que da la opción de generar el informe aparece una nueva ventana con el Informe solicitado en formato PDF que ocupará aproximadamente unos 50Kb por lo que puede tardar un tiempo. Desde esta ventana hay la opción de imprimirlo.

2. DOCUMENTOS NECESARIOS

Original acompañado de copia para su compulsas o fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que será suficiente la exhibición del original

Acreditación de identidad del interesado mediante la siguiente documentación en vigor:

- Españoles: DNI
- Extranjeros: Pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y NIE exigido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a efectos de pago.

Documentación relativa a la cotización:

- Trabajador por cuenta ajena del Régimen General: certificación de la/s última/s empresa/s en la que ha trabajado.
- Trabajador por cuenta propia: justificante de pago de cuotas de los tres últimos meses.
- Para los artistas y profesionales taurinos: declaración de actividades (TC 4/6) y justificante de actuaciones (TC4/5) que no hayan sido presentados en la Tesorería General de la Seguridad Social.
- Representantes de comercio: justificantes del pago de cuotas de los tres últimos meses (TC 1/3).

Datos médicos:

- Partes de baja y confirmación de la baja.
- Si el trabajador procede de pago delegado, parte/s de confirmación siguiente/s al último que abonó la empresa.
- Si se ha producido el alta médica, parte médico de alta.

Parte de accidentes de trabajo o enfermedad profesional (AT y EP), cumplimentado por la empresa, en su caso.

Documentos que acrediten la extinción de la relación laboral:

Si la extinción se produce en los 15 primeros días de la incapacidad temporal: contrato de trabajo y prórrogas.

En caso de despido: carta de despido, acta de conciliación o sentencia.

Otra documentación:

Declaración de situación de actividad, sólo para los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Libro de familia y certificado de discapacidad con el grado reconocido, en los supuestos de extinción de la relación laboral, con los hijos a tener en cuenta para aplicar los topes de desempleo contributivo.

Empresa de menos de 10 trabajadores: es necesaria una comunicación previa a la solicitud, con una antelación mínima de 15 días, de que la empresa traslada al INSS su obligación de pago directo a partir del día 1º del mes natural siguiente.

Esta documentación puede presentarse en cualquiera de los Centros de Atención e Información de la Seguridad Social o, si dispone de certificado digital, a través de la Sede Electrónica.

V. ENTIDADES GESTORAS

Son aquellas que se ocupan de la gestión y administración de la Seguridad

Social, siempre bajo la tutela de los departamentos ministeriales. Respecto de las bajas por incapacidad temporal, son:

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS): en lo referente a prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

Instituto Nacional de la Salud (INS): para los servicios sanitarios.

Instituto Social de la Marina (ISM): servicios sanitarios y prestaciones del Régimen Especial de la Seguridad Social de las y los trabajadores del mar.

Servicio Público de Salud (SPS): es el servicio público que presta asistencia sanitaria en cada comunidad autónoma. Algunos ejemplos son el INGESA en Ceuta y Melilla, el SESCAM en Castilla-La Mancha, el SAS en Andalucía, etc.

VI. ENTIDADES COLABORADORAS

Aquellas que colaboran en la gestión del sistema de Seguridad Social. Por lo general se trata de las mutuas, aunque también pueden ser entidades colaboradoras las asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa inscripción en un registro público.

Se decía que una mutua era una asociación de empresarios autorizada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, constituida con el objeto de colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho ministerio, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro y

con la responsabilidad mancomunada de sus miembros.

Con la nueva Ley de Mutuas pasan a denominarse mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y se las dota de mayor control.

Se las denomina mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y se las define como “asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada”.

Estos son todos los aspectos que gestionan las mutuas:

- Prestaciones económicas y asistencia sanitaria de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

- Actividades de prevención de las contingencias profesionales.

- Prestaciones económicas por contingencias comunes.

- Prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

- Prestaciones por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

- Prestaciones económicas por cese de actividad de las y los trabajadores por cuenta propia, y autónomos.

Los servicios que prestan las mutuas comprenden tanto la prestación de servicios médicos como farmacéuticos para el restablecimiento de las y los trabajadores. Además son responsables de la prestación económica, cuyo objetivo es cubrir la falta de ingresos provocado por una situación temporal de incapacidad para trabajar. La cuantía de la prestación es diferente si se trata de una contingencia común o una contingencia profesional.

La empresa puede concertar con una mutua, las contingencias profesionales y/o las contingencias comunes. Hasta hace muy poco tiempo, también podían actuar como servicio de prevención. Pero con la nueva norma se las obliga a vender sus servicios de prevención de riesgos laborales con el fin de que se ciñan a sus funciones como entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

El empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V de la ley.

Los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y representación previstos en el capítulo V de esta ley, dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa.

Aunque la empresa tenga concertada la gestión de las contingencias comunes con la mutua, se debe acudir al Servicio Público de Salud y será el médico de familia quien emitirá los partes de baja, confirmación y alta.

La mutua, como ya hemos visto, puede citarte a revisión médica y si considera que estás en condiciones de trabajar, realizar una propuesta de alta médica. Con la

nueva Ley de Mutuas, la prestación económica del trabajador durante la situación de IT puede correr también a cargo de la mutua.

La mutua, viendo los partes, los informes complementarios y de control, y con las actuaciones de control y seguimiento que haya realizado, podrá presentar una propuesta motivada de alta médica.

Al mismo tiempo que envía la propuesta de alta a la inspección médica del Servicio Público de Salud, debe informar al propio trabajador/a de que ha realizado la propuesta.

La inspección médica debe responder en el plazo máximo de 5 días desde la recepción de la propuesta. El proceso es el siguiente:

1. La mutua envía la propuesta de alta a la inspección del Servicio Público de Salud.
2. La inspección a su vez la traslada al médico que emite los partes de confirmación.

Si la mutua no recibe respuesta en el plazo de 5 días, puede solicitar el alta al INSS, que deberá responder en 4 días.

Si el INSS emite el parte de alta y tienes una recaída en los siguientes 180 días, sólo el INSS te podrá expedir el nuevo parte de baja.

En el plazo de 10 días, se puede solicitar la revisión del alta médica a la entidad gestora, comunicándolo a la empresa en el mismo momento o como máximo al

siguiente día hábil.

Hay dos formas de realizar la reclamación ante la mutua:

1. Mediante hoja de reclamaciones que la mutua debe tener en todos sus centros a disposición de los interesados. Las mutuas enviarán las reclamaciones a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en un plazo máximo de 10 días.

2. Oficina Virtual de Reclamaciones (OVR) a través de la web <http://www.ovrmatepss.es/virtual>. Haciendo la reclamación por esta vía, evitará que se pierda o que se tramite a través de oficinas de consumo de los gobiernos territoriales y no llegue a conocimiento de la Seguridad Social.

VII. COLABORACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES Y EMPRESAS

En el caso de accidente laboral el subsidio de incapacidad temporal se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, siendo el salario del día de la baja por cuenta del empresario (artículo 131 del TRLGSS).

En esta materia lo normal es la colaboración de Mutuas y empresas en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal. Por parte de las MATEPSS la colaboración se centra, por lo que aquí interesa, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [artículo 68.2.a) del TRLGSS], pudiendo los empresarios optar por formalizar la protección en la Entidad Gestora

competente o asociándose a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (artículo 70.1).

En un segundo escalón, el artículo 77 del TRLGSS establece un sistema de colaboración de las empresas con las entidades gestoras que, en razón al propio precepto, ha adoptado dos formas diferentes: la colaboración voluntaria y la obligatoria, según se desarrollan detenidamente en la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966 (arts. 4, 5, 7, 8 y 12). En la primera, la empresa asume el pago directamente a su cargo de las prestaciones por incapacidad temporal, así como de la asistencia sanitaria; en la segunda, paga a sus trabajadores las prestaciones de incapacidad temporal, con cargo a la Entidad Gestora o MATEPSS obligada.

De acuerdo con este esquema de colaboración el pago puede realizarse, según los casos, por la empresa, la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo o Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o la Entidad Gestora, sin perjuicio del pago delegado por cuenta de la empresa. Se establece en el artículo 15.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, afiliación, altas y bajas, que «la formalización de la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y de la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal determina la responsabilidad de la Entidad Gestora o colaboradora que hubiere asumido la protección por las prestaciones derivadas de dichas contingencias, siempre que se cumplan las obligaciones de cotización y demás requisitos generales y particulares exigibles para causar derecho a las mismas en los términos establecidos en el artículo 41 de la Ley General de la Seguridad Social».

En el supuesto normal de que no se hayan producido irregularidades por parte de la empresa, esto es, que mantenga al trabajador en alta y cotizando por él adecuadamente, responde la Mutua aseguradora o el Instituto Nacional de la Seguridad Social —según la opción tomada por el empresario— teniendo la Entidad Gestora

solamente una responsabilidad subsidiaria en el caso de insolvencia empresarial o de la Mutua, en el concepto de sucesor del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y enfermedad profesional.

Pero hay otros muchos supuestos en que la empresa no se halla al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social, lo que da lugar a modificaciones en la imputación de responsabilidades.

El régimen general de responsabilidad está previsto en el artículo 126.2 del TRLGSS, según el cual «el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva». Lo que ocurre es que reglamentariamente no se han fijado los supuestos y el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad, de ahí que la jurisprudencia haya otorgado valor reglamentario a los arts. 94, 95 y 96 de la LGSS de 1966, mientras no se desarrolle el transcrito artículo 126.2 del TRLGSS (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002, entre otras muchas).

En el artículo 94 de la LGSS se describen tres supuestos de los que surge la responsabilidad del empresario por las prestaciones devengadas por los trabajadores a su servicio:

A) Falta de afiliación o alta.

B) Falta de ingreso de las cotizaciones, a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago.

C) Por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social, por las cuotas efectivamente ingresadas.

A) Falta de afiliación o alta

En el primer supuesto, esto es, los casos en que el trabajador accidentado no ha sido afiliado o dado de alta en la Seguridad Social, el empresario debe considerarse como responsable de las prestaciones derivadas del accidente (sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de octubre de 1991, AS 1991\5692). Así se establece expresamente en el artículo 95.1.3ª, al disponer que las prestaciones económicas de incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal) «correspondientes a los trabajadores que no estén en alta, serán abonadas por el empresario al trabajador directamente y a su cargo». Pero al considerarse al trabajador de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidente de trabajo, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones, opera el principio de automaticidad de las prestaciones por lo que la Entidad Gestora, o MATEPSS, debe anticipar las prestaciones, sin perjuicio de la responsabilidad directa de la empresa, y subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la que puede repetir dicha Mutua en el supuesto de insolvencia de la empresa (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1995, RJ 1995\9086; 3 de abril de 1997, RJ 1997\3048). Dicho anticipo ha de correr a cargo de quien gestione el aseguramiento de las contingencias profesionales de la empresa, ya que le corresponde la protección de la totalidad de los trabajadores de la misma (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996, RJ 1996\4616).

Estas mismas consecuencias se producen en el supuesto de comunicaciones de alta con posterioridad al accidente de trabajo acompañadas de las correspondientes cotizaciones (sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de 23 de junio de 2003, Rec. 3079/02), ya que en esos casos el Tribunal Supremo, interpretando el artículo 35 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, afirma que el alta sólo surtiría efecto pleno a partir

del ingreso de cotizaciones, pero nunca en la fecha anterior en que se produjeron los hechos.

B) Descubiertos en las cotizaciones

En el segundo caso —descubiertos empresariales—, la jurisprudencia ha pasado por tres fases distintas: una primera época en que se distinguía entre descubiertos que pudieran ser considerados trascendentales, en que se imponía la responsabilidad a la empresa, y descubiertos ocasionales o esporádicos, en los que la falta o el defecto de cotización se consideraban intrascendentes, declarándose la responsabilidad plena de la Entidad Gestora. Una segunda época, en la que se modificó el criterio a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997, y en cuya virtud se aplicó a los supuestos derivados tanto de falta de cotización ocasional como de insuficiente cotización empresarial para la cobertura del período carencial, tomando en consideración la responsabilidad del empresario no ya en función del carácter ocasional o definitivo de la falta de cotización, sino en relación con la importancia de los descubiertos en la prestación, aplicando en tal supuesto el principio de proporcionalidad. Finalmente, una tercera y última etapa, iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (R. 694\1999), dictada en Sala General, con un voto particular de tres magistrados, y que vuelve al criterio anterior a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997, siguiéndose actualmente en múltiples sentencias, como las de 4 de diciembre de 2000, 16 de enero, 5 y 12 de febrero y 27 de noviembre de 2001 y 13 de mayo de 2002. Se dice en esta última que el Tribunal Supremo ha entendido que, «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.2.b) de la LGSS de 1966 que sigue estimándose aplicable con carácter reglamentario, mientras no se desarrolle el artículo 126.2 del TRLGSS, la responsabilidad de las prestaciones que deriven de accidente de trabajo recae sobre el empresario que de forma reiterada ha dejado de cumplir con su obligación de cotizar, distinguiendo a tal efecto los supuestos de descubierto ocasional (en los que por su intrascendencia la responsabilidad sería de la Entidad Gestora o Colaboradora), de aquellos otros reiterados, duraderos y por ello calificables de rupturistas por encubrir un verdadero incumplimiento de la obligación de cotizar (en los que la responsabilidad recae sobre la empresa)». En el caso de la

sentencia comentada el Tribunal Supremo calificó como comportamiento reiterado y manifiestamente incumplidor de la obligación de cotizar el descubierto desde julio de 1995 hasta agosto de 1996; en otras sentencias, se ha calificado como voluntad rebelde o recalcitrante de la empresa a cumplir sus obligaciones de cotización el transcurso de un año y diez meses (sentencia de 21 de febrero de 2000), dos años (sentencia de 18 de septiembre de 2000), casi cuatro años (sentencia de 5 de febrero de 2001) o dos años y tres meses (sentencia de 12 de febrero de 2001). La sentencia que modifica el criterio anterior —la de 1 de febrero de 2000— contempla un supuesto excepcional en el que un incumplimiento de sólo siete meses es suficiente para declarar la responsabilidad de la empresa, si bien allí se ponderó como decisivo el dato de que ésta no ingresó ni una sola cuota de las debidas durante el escaso tiempo que duró la relación de trabajo, interpretando que esa conducta era reveladora precisamente de la existencia de una voluntad patente de incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social. En todos estos casos, la responsabilidad es de la empresa en orden al pago de las prestaciones de incapacidad temporal causadas por los trabajadores a su servicio, sin perjuicio del deber de anticipo por la Mutua y de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en caso de insolvencia de la empresa.

C) Infracotización

En el tercer supuesto, en el que la empresa ingresa unas cotizaciones inferiores a las que le corresponden, se producirán con carácter general las mismas consecuencias que en el anterior. Ahora bien, puede ocurrir que la empresa cotice voluntariamente, aunque por una cuantía inferior, siendo una sentencia posterior la que fije el salario que correspondía verdaderamente al trabajador condenando a aquélla a abonar las diferencias. Aquí la empresa demuestra su deseo de cumplir sus obligaciones —abona también las diferencias salariales y de cotización—, con la Seguridad Social, por lo que ninguna responsabilidad debe recaer sobre la misma, siendo únicamente la Mutua la responsable del abono de las prestaciones (este criterio se recoge, entre otras, en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2001 y de Aragón de 19 de mayo de 2003). El incumplimiento por parte de la empresa de sus

obligaciones de cotización ha de referirse a la fecha del accidente. En la sentencia de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3402) el Tribunal Supremo señala que sólo cabe tener en cuenta los descubiertos anteriores a la fecha del accidente, no pudiendo tener incidencia para la empresa en las responsabilidades que del accidente puedan derivarse los posteriores al mismo. De modo que en estos supuestos la responsabilidad del abono de las prestaciones económicas de incapacidad temporal correrá a cargo de la Mutua aseguradora, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la que corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social como continuadora del Servicio de Reaseguro.

VIII. MEJORAS VOLUNTARIAS

En materia de mejora voluntaria de la prestación económica de la incapacidad temporal, el Tribunal Supremo sostuvo desde la sentencia de 19 de julio de 1988 la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sin embargo, este criterio fue modificado a partir de las sentencias de 13 de febrero y 8 de abril de 1997 (RJ 1997\3052), al afirmar que la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo (hoy integrado en el Instituto Nacional de la Seguridad Social en lo que afecta a su acción prestacional) se refiere, de conformidad con el régimen que establecen los arts. 124 a 128 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 y el artículo 94 de la LGSS de 21 de abril de 1966, a la garantía del cumplimiento de las obligaciones de los empresarios en el ámbito del extinguido Seguro de Accidentes de Trabajo, y actualmente de la cobertura de los accidentes de trabajo del sistema público y básico de la Seguridad Social, pero no se extiende a la garantía de las mejoras directas de prestaciones por estas contingencias, garantía que tampoco puede derivarse de los términos del artículo 8 de la Directiva 987/CEE/1980, que contiene un mandato a los Estados miembros para que introduzcan las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores en caso de

insolvencia del empresario respecto a las prestaciones de los regímenes complementarios de previsión, pero que no establece ninguna regla directamente aplicable que permita apreciar la responsabilidad subsidiaria de una gestora pública en el pago de una mejora pactada en un convenio colectivo.

IX. INTERVENCIÓN DE VARIAS MUTUAS Y/O EMPRESAS

Es también frecuente que concurren varias Mutuas y/o empresas en la cobertura del accidente de trabajo. Así, si el trabajador sufre un primer accidente laboral y, tras la correspondiente alta, entra a trabajar para otra empresa y se produce una recaída de la incapacidad anterior, la responsabilidad es compartida por las dos Mutuas, prorrateándose el abono de la prestación económica de incapacidad temporal, en el sentido de que la primera deberá responder hasta el límite de la base reguladora por ella cubierta, y la segunda por la diferencia entre aquélla y la cotizada a ésta.

Un supuesto cada vez más frecuente en la gran corriente de la descentralización productiva que nos arrastra es la subcontratación. El problema que se plantea en este punto es si el empresario principal responde sólo de las obligaciones incumplidas del contratista o si también responde de las del subcontratista, es decir, si la cadena de contratos y subcontratos provoca una cadena de responsabilidades. La doctrina se ha mostrado dividida al respecto. Algún sector doctrinal entiende que debe aplicarse la responsabilidad en cascada, mientras que otro, sostienen que no es exigible dicha responsabilidad, pues el empresario principal ha de responder solidariamente de las deudas del contratista y el contratista de las del subcontratista, porque el empresario principal no puede controlar la subcontrata que realiza el contratista. Son dos las normas que regulan la responsabilidad de los empresarios en materia de subcontratación: el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 127.1 del TRLGSS. El artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que «los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia

actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante». Añade el número 2 que «el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial». El Tribunal Supremo ya dijo en la sentencia de 17 de mayo de 1996 (Rec. 1902/1995) que la finalidad de este artículo no era otra que la de garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan disponer vaya en perjuicio de la protección social del trabajador (y) esta garantía alcanza incluso al propietario de la obra o industria en cuyo favor se haya realizado la contrata. Por eso en sentencias posteriores (sentencias de 22 de diciembre de 2000 y de 9 de julio de 2002), afirma la responsabilidad solidaria respecto a las obligaciones de naturaleza salarial y de las deudas referidas a la Seguridad Social con el ámbito temporal de la realización de la contrata, o subcontrata, y durante el año siguiente a la terminación del encargo, con el límite referido a lo que correspondería si se hubiera tratado de personal fijo de su plantilla. El precepto está enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente Gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social —y ello lo admite el Tribunal Supremo a efectos dialécticos—, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social no se refiere a deudas

con trabajador, sino a obligaciones con la Seguridad Social, que son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema.

El artículo 127.1 del TRLGSS viene a establecer que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente. No habrá lugar a esta responsabilidad cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda». A diferencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 127.1, en materia de prestaciones, no exige que el empresario principal realice la misma actividad del empresario contratista o subcontratista, tampoco limita la responsabilidad al tiempo de duración de la contrata y el año siguiente, sino que se podrá hacer efectiva cualquiera que sea la fecha en que se declare la responsabilidad en la prestación, siempre que ésta no haya prescrito, y durante todo el tiempo que dure la prestación, aunque la contrata haya terminado y, finalmente, establece una responsabilidad subsidiaria sólo para el caso de insolvencia del deudor principal.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León utilizó en la sentencia de 12 de julio de 1999 un argumento económico para declarar la responsabilidad solidaria de las empresas en los supuestos de descentralización productiva de más de un grado, que da lugar a una cadena de contratas y subcontratas, al decir que los fenómenos descentralizadores, en muchas ocasiones, aunque no se realicen con intención defraudatoria, suponen que las últimas empresas subcontratistas, por su menor tamaño, presentan rasgos de debilidad económica, siendo frecuentes los incumplimientos de sus obligaciones salariales y de Seguridad Social, con lo que la responsabilidad solidaria se hace imprescindible para garantizar el cobro de las prestaciones por los trabajadores afectados.

X. TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL

A partir de 04-08-2013, para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a la prestación, se aplicarían las siguientes reglas:

1. Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total, de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

2. Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.
3. El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el

resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija, que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores será aplicable, igualmente, a aquellas prestaciones de la Seguridad Social que con anterioridad al 04-08-2013 hubiesen sido denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido en su caso. En el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de 3 meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso del día 04-08-2013.

Excepcionalmente, todas aquellas prestaciones cuya solicitud se encuentre en trámite el 04-08-2013, se regirán por lo dispuesto en la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, y su reconocimiento tendrá efectos desde el hecho causante de la respectiva prestación.

A estos efectos, cuando se trate de trabajadores incluidos en el Sistema especial para empleados de hogar, desde 2012 hasta 2018, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren la disposición transitoria 16ª de la LGSS, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la LPGE para cada uno de dichos ejercicios.

XI. DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA

La incapacidad temporal puede ser debida a contingencias comunes (no laborales) y contingencias profesionales (laborales). En el parte de baja, el médico indicará el tipo de contingencia, que puede ser modificada a petición de cualquiera de estas partes:

- El INSS.
- El Servicio Público de Salud.
- El propio trabajador/a o su representante legal.
- La mutua.

El procedimiento para determinar la contingencia, se desarrolla siguiendo estos pasos:

1. Una de las partes inicia el procedimiento.
2. El INSS comunica a las demás partes el inicio del proceso para que presenten sus alegaciones sobre la contingencia que consideran debe ser determinada y aporten la documentación que apoye su postura.

Si el proceso no lo has iniciado tú, recibirás la comunicación y tendrás un plazo de 10 días hábiles para responder. El resto de las partes tienen 4 días.

3. El equipo de valoración de incapacidades estudiará las alegaciones y documentación presentada por las partes y emitirá un informe a la dirección provincial del INSS.

4. La dirección provincial del INSS dicta la resolución en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la aportación de la documentación de las partes.

5. La resolución será comunicada al trabajador o trabajadora, a la empresa, a la

mutua (si procede) y al Servicio Público de Salud.

XII. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO Y DEL TRABAJADOR DURANTE LA BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Una baja por incapacidad temporal (IT) conlleva la suspensión de algunos aspectos de la relación laboral, partiendo del más básico: la realización del trabajo en sí mismo. Aun así, ambas partes siguen ligadas por una serie de obligaciones durante el periodo de recuperación.

1. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

Durante el periodo de baja podremos cubrir las actividades desarrolladas por el empleado mediante la reasignación de tareas, e incluso cubriendo el puesto mediante un contrato de interinidad cuando la baja esté prevista para un periodo relevante o durante una época de alta productividad que lo haga la mejor opción, no olvidando nunca establecer en el contrato los motivos del mismo y a qué empleado se sustituye.

Sea como sea, está obligados a reservar el puesto para que vuelva a ser ocupado por el empleado una vez finalizado el periodo de IT, solo pudiendo ofrecerle un puesto diferente si el trabajador lo aceptara, nunca como una imposición.

El caso de no reincorporarse tras el alta médica, es considerado como motivo de despido, pero también se puede considerar como dimisión.

El empresario debe notificar los accidentes laborales ocurridos, hayan producido baja o no, aunque utilizando los mecanismos y plazos correspondientes a cada caso.

Esta obligación de reserva se extingue en el caso de que la IT pase a una situación de incapacidad permanente o gran invalidez, a no ser que se estime una posibilidad de mejoría en un periodo de al menos dos años.

Durante el periodo de baja, la empresa sigue obligada a cotizar por el empleado a la Seguridad Social mientras se mantenga el contrato, así como a practicarle las retenciones del IRPF pertinentes. Estas se aplicarán sobre el subsidio que recibirá en sustitución de su salario, aplicando el tipo habitual.

También se debe remitir los partes de baja a la mutua o entidad gestora, comprobando los datos de cotización y toda la información para que se determine la base reguladora de la prestación del empleado incapacitado.

La empresa tendrá que ocuparse de pagar el subsidio durante el periodo que pueda corresponder según la ley y está obligada a computar el tiempo de baja a efecto de antigüedad.

2. OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR

El empleado debe considerar que incumplir sus obligaciones, así como incurrir en fraude, puede hacer que deje de cobrar el subsidio, además de poder ser sancionado por la entidad gestora, o de incluso ser despedido.

El trabajador está obligado a presentar los partes de baja y confirmación ante la empresa. En caso de no hacerlo de forma reiterada, la empresa podría recurrir al despido disciplinario. Por otro lado, la entidad gestora podría sancionar al empleado desde la primera falta (se traduciría en la pérdida de un mes de subsidio por IT).

También está obligado a presentar el parte de alta y reincorporarse al puesto en un plazo de 24 horas desde dicho momento.

Una vez pasada ese plazo el empresario podría considerarlo como una dimisión, por lo que podría extinguirse el contrato sin derecho a indemnización.

XIII. CONTENIDO DE LA ACCIÓN PROTECTORA

La incapacidad temporal genera siempre el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y, además, puede generar una prestación consistente en un subsidio cuya cuantía está en función de la base reguladora y de los porcentajes aplicables a la misma.

Base reguladora

La norma general es que la base reguladora es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador por contingencias comunes o profesionales en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiere. Ahora bien, esta regla se aplica a los supuestos en los que se abone una retribución diaria; así, cuando el trabajador ingresa en la empresa en el mismo mes en que se inicia la incapacidad, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados.

Si la retribución es mensual, se divide por treinta la base de cotización por contingencias comunes o profesionales del mes inmediatamente anterior, con independencia del número de días de dicho mes.

La base reguladora por contingencias profesionales se obtiene por adición de dos sumandos:

a) La base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior, sin horas extraordinarias, dividida por el número de días a que corresponda dicha cotización; el divisor será 30, si el trabajador percibe salario mensual, o será 28, 29, 30 ó 31, según los días naturales que tenga en mes correspondiente, si percibe salario diario.

b) La cotización por horas extraordinarias de los doce meses inmediatamente anteriores, dividida entre 365 días, si percibe salario diario, o entre 360, si percibe salario mensual.

Cuando el trabajador no ha permanecido en alta durante todo el mes natural inmediatamente anterior, se divide la base de cotización del mes anterior por el número de días efectivamente cotizados.

Porcentaje

En caso de enfermedad común y accidente no laboral:

- El 60 por 100, desde el día 4 hasta el 20 inclusive.
- El 75 por 100, desde el día 21 en adelante.

En caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional:

- El 75 por 100 desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho (es decir, desde el día siguiente al de la baja).

El día de la baja, el empresario debe abonar el salario al trabajador.

Las mejoras voluntarias

Es frecuente que a través de la negociación colectiva se pacten mejoras voluntarias del subsidio por incapacidad temporal, bien complementando los porcentajes señalados, bien asumiendo el empresario el pago de los tres días sin derecho a percibir prestación en los supuestos de incapacidad derivada de contingencias comunes.

El mantenimiento de la obligación de cotizar

Durante la incapacidad temporal, normalmente, se mantiene la obligación de cotizar (artículo 13.2 del Real Decreto 2064/1995). No obstante, no subsistirá la obligación de cotizar (artículo 174.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015): durante la prórroga de tres meses a efectos de calificación como inválido permanente, tras agotar la duración máxima de la incapacidad temporal.

XIV. FASES DE LA PRESTACIÓN

Nacimiento del derecho

El derecho a percibir el subsidio nace (artículo 173.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015):

- En caso de enfermedad común o accidente no laboral, desde el cuarto día de la fecha de baja en el trabajo. Desde el cuarto día siguiente al de la baja hasta el decimoquinto, ambos inclusive, el abono corre a cargo del empresario y desde el decimosexto en adelante a cargo de la entidad gestora, de la entidad colaboradora o de la propia empresa, si es autoaseguradora, en los términos que ya se analizaron.

- En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

El derecho al subsidio no nace durante las situaciones de huelga o cierre patronal.

Duración

La duración, en caso de accidente o enfermedad será:

a) 365 días, prorrogables por otros 180 cuando se presuma que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta médica por curación.

A efectos del período máximo de duración y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación. En relación con las recaídas, el artículo 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, sobre la prestación de incapacidad temporal, señala que:

- Si se desarrolla una prestación profesional por un periodo superior a seis meses tras un proceso anterior de incapacidad temporal, y se retorna a esta última situación, aunque sea por la misma causa, se abre un nuevo periodo de cómputo.

- Si en el mismo supuesto anterior se desarrolla una prestación profesional inferior a seis meses y la causa de la enfermedad es la misma, se tratará de un supuesto de recaída y será computable a efectos del periodo máximo de duración.

Agotado el plazo de duración de 365 días, es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades, el único competente para:

- Calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador.

- Reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más.
- Determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente.
- Emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos.
- Emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal, cuando aquélla se produzca en el plazo de 180 días naturales posteriores a la anterior por la misma o similar patología.

En los supuestos de alta médica mencionados, el interesado puede manifestar su disconformidad frente a la resolución recaída, en el plazo máximo de 4 días naturales, ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud. Si la Inspección Médica discrepa del criterio de la Entidad Gestora puede proponer, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla. Por el contrario, si confirma la decisión de la Entidad Gestora o no se pronuncia en el plazo de 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, la mencionada alta médica adquiere plenos efectos. Durante el periodo entre la fecha del alta médica y la fecha de plenos efectos se prorroga la situación de incapacidad temporal.

Caso de plantear discrepancia la Inspección Médica, la Entidad Gestora debe pronunciarse expresamente en los 7 días naturales siguientes. Si reconsidera la decisión, se reconocerá al interesado la prórroga de la incapacidad temporal. Si, por el contrario, se reafirma en la resolución inicial, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

b) En caso de períodos de observación por enfermedad profesional, la duración será de 6 meses prorrogables por otros 6, cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

- A efectos de determinar la duración del subsidio, se computan los períodos de recaída en un mismo proceso, considerándose que existe tal cuando se produce una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

Pérdida o suspensión del derecho

Se determina la pérdida o suspensión del derecho al subsidio en los siguientes supuestos (artículo 175 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015):

- Por actuación fraudulenta del beneficiario para obtener o conservar el subsidio.
- Por trabajar por cuenta propia o ajena.
- Por rechazar o abandonar el tratamiento sin causa razonable.

La incomparecencia del beneficiario a cualquier convocatoria realizada por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico, producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si fue o no justificada.

Extinción del derecho

El derecho al subsidio se extingue (artículo 174.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015):

- Por el agotamiento del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate, incluidas las posible prórrogas, antes reseñadas (es decir, 545 días naturales desde la baja médica).

- Por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual.

- Por alta médica del trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente. El alta médica podrá ser expedida por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud.

- Por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación.

- Por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

- Por fallecimiento.

Si se inicia un expediente de incapacidad permanente antes de haber transcurrido los 545 días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal y se deniega el derecho a la prestación de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades, una nueva baja médica por la misma o similar patología, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución denegatoria, en cuyo caso se reanudará el proceso de incapacidad temporal hasta cumplir los 545 días.

Por otra parte, si la situación de incapacidad temporal se extingue por el transcurso del plazo máximo de 545 días, debe examinarse el estado del incapacitado en el plazo máximo de 3 meses, a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

No obstante, cuando continúe la necesidad de tratamiento médico, por la expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral y su situación clínica hiciera aconsejable la demora de la citada calificación, ésta puede retrasarse por el periodo preciso, sin que pueda rebasar los 720 días naturales sumados los de la incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos.

Durante esos períodos de tres meses y de demora de la calificación, no subsiste la obligación de cotizar.

Una vez extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso de los 545 días naturales, con o sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a 180 días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente, siempre que el

trabajador reúna los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal. A estos efectos, se computan exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido 180 días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades, acuerde la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal porque considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral.

El alta médica con propuesta de incapacidad permanente extingue la situación de incapacidad temporal. Si, al agotarse los 365 días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordase la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, la incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de cumplimiento de ese plazo.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando la extinción se produce por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente, o por el transcurso de los 545 días naturales, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente, y los efectos de esta última coincidirán con la fecha de la resolución de la Entidad Gestora por la que se reconozca, o se retrotraerán, en su caso.

Si se extingue la incapacidad temporal antes de agotarse los 545 días naturales de duración sin declaración de incapacidad permanente, subsiste la obligación de

cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción de esos 545 días naturales, en su caso.

XV. GESTIÓN Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Reconocimiento del derecho

El reconocimiento del derecho corresponde:

- Al Instituto Nacional de la Seguridad Social, cuando la situación derive de enfermedad común, accidente no laboral y de situaciones de alta de pleno derecho o, en su caso, a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, cuando el empresario opte por formalizar la cobertura de esta prestación, derivada de contingencias comunes, con la misma Mutua con la que formalice la protección de las contingencias profesionales.

- Al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, cuando derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

- A las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión del Régimen General, cuando la causa corresponda a las contingencias a las que se refiere su colaboración.

El pago

La prestación corre a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresa autorizada para colaborar en la gestión, según sus ámbitos de responsabilidad en orden al pago.

El abono de la prestación económica lo efectúa la empresa con la misma periodicidad que los salarios, en virtud de la colaboración obligatoria de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social. Se trata, pues, de un pago delegado: el empresario anticipa la cuantía del subsidio y posteriormente lo descuenta de las cuotas de cotización del conjunto de los trabajadores de la empresa

No obstante, conviene distinguir:

a) Enfermedad común y accidente no laboral.

En los supuestos de enfermedad común o de accidente no laboral, el abono del subsidio entre los días 4 a 15 de baja en el trabajo, ambos inclusive, se atribuye al empresario. A partir del día 16 de baja, la responsabilidad del abono incumbe al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en su caso, aun cuando la materialidad del pago se continúe llevando a cabo en concepto de pago delegado por el mismo empresario.

Cuando el trabajador esté percibiendo prestaciones por desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal, el Servicio Público de Empleo Estatal abonará la prestación por incapacidad temporal, por pago delegado, hasta agotarse la duración de la prestación por desempleo, que no podrá ampliarse por el hecho de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. A partir de dicho momento,

como se dirá en el apartado c), la prestación será abonada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

b) Enfermedad profesional y accidente laboral.

El sujeto responsable de la prestación económica por incapacidad temporal es el Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según corresponda, a partir del día siguiente de la baja, si bien el pago lo realiza la empresa, por delegación, que deducirá lo que haya abonado al trabajador por incapacidad temporal de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social del mes correspondiente. El abono del día de la baja corresponde al empresario.

c) Abono directo por la entidad aseguradora.

El subsidio se abona directamente por la entidad aseguradora de la contingencia de incapacidad temporal en los siguientes supuestos:

- Entidades y organismos excluidos del pago delegado.
- Empresas de menos de diez trabajadores que lleven más de seis meses pagando a alguno de ellos una prestación económica por incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa.
- En caso de incumplimiento de la obligación empresarial del pago delegado.

- Alta médica con propuesta de incapacidad permanente.
- Prórroga de los efectos de la situación de incapacidad temporal una vez agotado su plazo máximo de duración, tras los dieciocho meses.
- Extinción de la relación laboral durante la situación de incapacidad temporal, abonándose hasta que se produzca el alta médica.
- Continuación de la situación de incapacidad temporal una vez extinguido el periodo de prestación por desempleo.

Control

La prescripción y dispensación de la asistencia sanitaria, y en su caso, la apreciación de la incapacidad temporal corresponde a los servicios médicos de la Seguridad Social, para lo que deben seguir determinadas formalidades (Real Decreto 625/2014).

El parte médico de baja origina la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio. Es, por orden cronológico, el primer documento a tener en consideración. El parte de baja se formula por el correspondiente facultativo del Servicio Público de Salud -Instituto de Salud de la Comunidad Autónoma o Mutua en caso de riesgos profesionales si la empresa ha concertado con ella la cobertura de dichos riesgos.

Los partes médicos de baja y de confirmación de baja se extienden en función del periodo de duración que aquél estime, lo que da lugar a cuatro grupos de procesos:

- De duración estimada inferior a 5 días naturales, en cuyo caso el facultativo emitirá el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico.

El día que se haya fijado como fecha de alta, el trabajador podrá solicitar que se le realice un reconocimiento médico, y el facultativo podrá emitir el parte de confirmación de la baja si así lo considera.

- De duración estimada entre 5 y 30 días naturales, en cuyo caso el facultativo emitirá el parte de baja consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista, que en ningún caso excederá en más de 7 días naturales a la fecha de baja inicial.

En la fecha de revisión se extenderá el parte de alta o de confirmación de baja. Los partes sucesivos no podrán emitirse con una diferencia de más de 14 días naturales entre sí.

- De duración estimada entre 31 y 60 días naturales, en cuyo caso el facultativo emitirá el parte de baja consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista, que en ningún caso excederá en más de 7 días naturales a la fecha de baja inicial.

En la fecha de revisión se extenderá el parte de alta o de confirmación de baja.

Los partes sucesivos no podrán emitirse con una diferencia de más de 28 días naturales entre sí.

- De duración estimada de 61 o más días naturales, en cuyo caso el facultativo emitirá el parte de baja consignando en el mismo la fecha de la revisión médica prevista, que en ningún caso excederá en más de 14 días naturales a la fecha de baja inicial.

En la fecha de revisión se extenderá el parte de alta o de confirmación de baja.

Los partes sucesivos no podrán emitirse con una diferencia de más de 35 días naturales entre sí.

Siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación en el que el médico hará constar la duración estimada.

En todo caso, el facultativo expedirá el parte de alta cuando considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral.

Dado que esta materia ha sido modificada por el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, que ha derogado el anterior Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, desarrollado mediante Orden de 19 de junio de 1997, con efectos a partir del 1 de septiembre de 2014, está pendiente de elaboración el modelo ajustado a la nueva normativa, que deberá permitir su gestión informatizada y llevar un código identificativo del centro de salud emisor.

El INSS transmitirá al ISM y a las mutuas, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su recepción, los partes de baja y de confirmación de baja por contingencia común de los trabajadores respecto de los que gestionen la incapacidad temporal.

Por su parte, el servicio público de salud, el ISM o las mutuas, que hayan emitido el parte de baja, podrán instar, de forma motivada, ante el INSS la revisión de la consideración inicial de la contingencia, mediante el procedimiento regulado en el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre.

Algunos partes de baja deben ir acompañados de un informe médico:

- En los procesos de incapacidad temporal cuya gestión corresponda al servicio público de salud y su duración prevista sea superior a 30 días naturales, con el segundo parte de confirmación de baja, actualizándose cada dos partes posteriores.

Deberá recoger: dolencias padecidas por el trabajador, tratamiento médico prescrito, pruebas médicas realizadas, evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado.

- En los procesos cuya gestión corresponda al servicio público de salud, la inspección médica del servicio público de salud o el médico de atención primaria, expedirá un informe de control de la incapacidad, trimestralmente.

Deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen la necesidad de mantener la incapacidad temporal.

El tercer documento es el parte de alta, con el que se pone así fin a la situación de incapacidad temporal. En los procesos derivados de contingencias comunes se puede emitir por el facultativo médico del servicio público de salud o por los inspectores médicos del servicio público de salud, del INSS o, en su caso, del ISM, tras el reconocimiento del trabajador, debiendo contener la causa del alta, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. En los procesos originados por contingencias profesionales, se expedirá por el facultativo o inspector médico del servicio público de salud o por el inspector médico adscrito al INSS o al ISM.

El alta médica extinguirá el proceso de incapacidad temporal del trabajador con efectos del día siguiente al de su emisión y determinará la obligación de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo en esa misma fecha.

En los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes cuya cobertura corresponda a una mutua, cuando ésta considere que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrá formular propuestas motivadas de alta médica que dirigirán a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud, que informará sobre el alta. De no hacerlo así, la mutua podrá solicitar el alta al INSS o al ISM.

En cuanto a la tramitación física de los partes de baja, confirmación y alta, el facultativo que los expida entregará al trabajador dos copias del mismo, una para él mismo y otra que deberá entregar a la empresa en el plazo de tres días en los dos primeros casos y 24 horas en el caso del parte de alta. Si finaliza el contrato en ese momento, los entregará a la entidad gestora o mutua.

Las empresas tienen la obligación de remitir al INSS a través del sistema RED los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta que les presenten los trabajadores, debidamente cumplimentados, con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles desde que el trabajador se los entregó. Su incumplimiento constituye una infracción y puede suspender la colaboración obligatoria de la empresa en el pago delegado de la incapacidad temporal. A su vez, el INSS los tramitará por medios informáticos al ISM o las mutuas, y facilitará a la TGSS los datos de los trabajadores en situación de incapacidad temporal a efectos del pago por delegación.

Por su parte, el servicio público de salud o la mutua remitirán los mismos partes al INSS, por vía telemática, de forma inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

XVI. PAGO DELEGADO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social exclusivamente en alguna o algunas de las formas siguientes (Art. 102):

a) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las

prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación.

b) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en las condiciones que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Las empresas podrán deducir en los boletines de cotización, siguiendo los trámites de presentación de los documentos de cotización y compensación (Art. 29 ,Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) y demás normas complementarias, los pagos satisfechos en régimen de pago delegado por prestaciones de incapacidad laboral transitoria (art. 20, Orden de 25 de noviembre de 1966).

c) Pagando a sus trabajadores, a cargo de la entidad gestora o mutua obligada, las prestaciones económicas por incapacidad temporal, así como las demás que puedan determinarse reglamentariamente.

Esta colaboración obligatoria consiste en el pago por la empresa a sus trabajadores, a cargo de la entidad gestora o colaboradora, de las prestaciones económicas, compensándose su importe en la liquidación de las cotizaciones sociales que aquella debe ingresar.

La empresa deberá comunicar a la entidad gestora, a través de los medios electrónicos establecidos, los datos obligación de la misma requeridos en el parte médico de baja, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Obligaciones

La empresa es responsable del pago delegado hasta que el día 365 de la baja por IT, y comienza a hacerlo efectivo, según la causa de la incapacidad temporal, del siguiente modo:

- Por contingencias comunes: desde el día 16º de baja.
- Por contingencias profesionales: desde el día 1 de baja.

Con efectos de 29/07/2017, la DF 31, PGE 2017 ha dado nueva redacción al apdo. 2, Art. 170, LGSS, estableciendo que, en el supuesto de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social emita resolución por la que se acuerde el alta médica, agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días, cesará la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación el día en que se dicte dicha resolución, abonándose directamente por la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social el subsidio correspondiente durante el periodo que transcurra entre la fecha de la citada resolución y su notificación al interesado. Las empresas que colaboren en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal (apdo.1 a) o b), L-23990341-102, LGSS) vendrán igualmente obligadas al pago directo del subsidio correspondiente al referido periodo.

Excepciones

Son dos los supuestos en los que las empresas podrán desentenderse de la obligación del pago delegado, correspondiendo el pago del trabajador, de forma directa, a la Entidad Gestora o Mutua (art. 16, Orden de 25 de noviembre de 1966):

Empresas de menos de 10 empleados que lleven más de seis meses abonando alguna prestación por IT

Basta con que lo comuniquen con una antelación de quince días, previos al mes natural en que pretendan que tenga efecto la liberación de dicha obligación.

Empresas a las que se haya concedido aplazamiento o fraccionamiento de cuotas

Puede la autoridad, durante dicho tiempo, liberarlas del pago delegado.

En los supuestos de incumpliendo empresarial de las obligaciones en el pago delegado será la Mutua o Entidad Gestora la responsable de efectuar el abono de la prestación (STS 22/04/1994 y STS 06/03/1997). Por el contrario en los supuestos de accidente de trabajo o enfermedades profesionales la falta del cumplimiento empresarial a la hora de afiliar o dar el alta al trabajador implica una obligación de pago directo para el citado empresario por motivo del incumplimiento (STS 13/10/1994), respondiendo, en este caso la Mutua como responsable subsidiaria, sin perjuicio de las posteriores reclamaciones al empresario.

De producirse un pago indebido de alguna prestación por parte del empresario, el INSS exigirá su reintegro al trabajador indebidamente beneficiario del subsidio (STS 0/2/04/2003 y 15/07/2003), al no ser posible que esta entidad exija la devolución a la empresa.

XVII. INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DELEGADO

No todos los incumplimientos empresariales se reducen a la falta de alta y/o cotización o al ingreso extemporáneo de las diferencias en las cotizaciones. En efecto, nos encontramos con cierta frecuencia otro supuesto: la empresa se encuentra al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social en el momento del accidente pero incumple las obligaciones derivadas del sistema de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal, de modo que realiza los descuentos en las liquidaciones efectuadas a la Entidad Gestora, aunque no llega a abonárselas al trabajador. Es evidente que la circunstancia de que la empresa haya incumplido sus obligaciones en

el pago del subsidio de incapacidad temporal a que el trabajador tiene derecho alcanza también relevancia jurídica pues la obligación de su abono, aunque de manera delegada, no desaparece, pero se proyecta no en el plano de las responsabilidades derivadas del propio accidente, sino de aquellas otras que traen causa del incumplimiento de las referidas obligaciones de colaboración. Así, si la empresa tenía debidamente cubierto el riesgo de accidente de trabajo y estaba al corriente de pago de las cuotas en el momento del hecho causante, la responsabilidad directa y no por vía de anticipo es de la Mutua, y no de la empresa, sin perjuicio de que ésta ha de ser responsable de los incumplimientos derivados del impago del subsidio que de forma delegada debió hacer en su momento. De ello deduce el Tribunal Supremo (sentencias de 26 de junio y 3 de julio de 2002) que falta el presupuesto básico de la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social en caso de insolvencia de la empresa; y ello porque el extinto Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo —hoy a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social— asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua patronal.

XVIII. COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES EN MATERIA DE CONTROL DE LA IT

Desde su inicio hasta el cumplimiento del día 365, la competencia en materia de control de la situación de incapacidad temporal (IT) corresponde a las siguientes entidades:

- Servicio Público de Salud (SPS), para emitir partes de baja, confirmación y alta.

- Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para emitir altas médicas a todos los efectos, así como para iniciar el expediente de incapacidad permanente (IP). También tiene competencia para emitir la baja médica el INSS cuando se trate de una recaída de un proceso de menos de 365 días, que finalizó por alta médica emitida por el médico del INSS.
- Instituto Social de la Marina (ISM), para emitir bajas y altas (asistencia sanitaria no transferida), altas médicas a todos los efectos, así como para iniciar el expediente de IP de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial del Mar.
- Mutuas Colaboradoras con la Seguridad social, para emitir partes de baja, confirmación y alta por AT y EP y propuestas de alta por contingencias comunes.
- Empresas colaboradoras, para emitir partes de baja, confirmación y alta respecto de los trabajadores a su servicio, siempre que tengan asumidas las competencias en la gestión de la asistencia sanitaria y de la IT derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Agotado el plazo de los 365 días, el INSS o el ISM serán los únicos competentes, en sus respectivos ámbitos, para:

- Reconocer la situación de prórroga expresa.
- Determinar la iniciación de expediente de IP.
- Emitir el alta médica.

- Emitir nueva baja médica cuando se produzca en el plazo de 180 días naturales posteriores al alta médica por la misma o similar patología.

XIX. LAS REVISIONES MÉDICAS

La entidad gestora, la entidad colaboradora, incluso Inspección Médica, pueden citar a revisión médica desde el primer día de la baja. Hay que tener en cuenta:

La citación la deben de hacer con una antelación mínima de 4 días hábiles y por medios que dejen constancia de que la has recibido.

No basta con una llamada telefónica.

Si no se acude a la cita, se iniciará la suspensión cautelar de la prestación y se dispone de 10 días hábiles para justificar las falta de asistencia. Se considera justificada la incomparecencia en estos casos:

-Si se presenta un informe emitido por el médico del Servicio Público de Salud en el que indique que la personación era desaconsejable debido a la situación clínica.

-Cuando la cita la hayas recibido con menos de 4 días hábiles de antelación.

-Cuando se acredite la imposibilidad de asistencia por causa suficiente.

Si la incomparecencia se considera justificada, se reanuda la prestación y se darán una nueva cita. Si el motivo de la incomparecencia no se considera suficiente, o si no se presenta justificación, la prestación quedará extinguida y el inspector médico del

INSS podrá expedir el alta médica por incomparecencia.

La suspensión del subsidio y el alta médica son cuestiones distintas. Aunque se haya extinguido la prestación por incapacidad temporal, se continúa de baja hasta que se reciba el parte de alta médica.

XX. TIPOS DE PROCESOS DE IT EN FUNCIÓN DE LA DURACIÓN ESTIMADA

1. Proceso de duración estimada muy corta: inferior a cinco días naturales.
2. Proceso de duración estimada corta: de 5 a 30 días naturales.
3. Proceso de duración estimada media: de 31 a 60 días naturales.
4. Proceso de duración estimada larga: de 61 o más días naturales.

Corresponde al facultativo que emite el parte médico de baja y de confirmación determinar, en el momento de su expedición, la duración estimada del proceso.

El facultativo podrá alterar esa duración estimada en un momento posterior como consecuencia de la modificación o actualización del diagnóstico o de la evolución sanitaria del trabajador. A tal efecto, según lo previsto en el artículo 2.4 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, emitirá un parte de confirmación que recogerá la nueva duración estimada y, en su caso, el encuadramiento del proceso en un tipo diferente de los previstos en el apartado anterior.

XXI. EL PARTE MÉDICO DE BAJA

El parte médico de baja de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, se expedirá inmediatamente después del reconocimiento médico del trabajador, por el facultativo que lo realice, utilizando el modelo que figura como anexo I de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio

Proceso de duración estimada muy corta: inferior a cinco días naturales.

Cuando el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada muy corta, emitirá el parte de baja y de alta en el mismo acto médico. Para ello utilizará un único parte, haciendo constar:

- los datos relativos a la baja.
- los identificativos del alta y la fecha de la misma, que podrá coincidir con el día de la baja o estar comprendida dentro de los tres días naturales siguientes.

Modificación de la duración del proceso: Parte de confirmación.

No obstante, el trabajador podrá solicitar que se le realice un reconocimiento médico el día que se haya fijado como fecha de alta, y el facultativo, si considerase que el trabajador no ha recuperado su capacidad laboral, podrá modificar la duración del proceso estimada inicialmente, expidiendo, al efecto, un parte de confirmación de la

baja. En este primer parte de confirmación, que dejará sin efecto el alta prevista en el parte de baja, se indicará el diagnóstico, la nueva duración estimada y el tipo de proceso, así como la fecha de la siguiente revisión médica.

Otros procesos de IT

Cuando el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada corta, media o larga, consignará en el parte de baja la fecha de la siguiente revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá:

- en más de siete días naturales a la fecha de la baja médica, tratándose de procesos de duración estimada corta o media.
- de catorce días naturales tratándose de procesos de duración estimada larga.

En la fecha de la primera revisión médica se extenderá el parte de alta o, en caso de que proceda mantener la baja, el primer parte de confirmación.

Competencia para la emisión de los partes médicos de baja:

- Servicio público de salud, de procesos de IT derivados de:

-contingencias comunes de los trabajadores de la Seguridad Social.

-contingencias profesionales de los trabajadores de empresas que tienen protegidas estas contingencias con el INSS.

- Servicio médico de la mutua colaboradora con la Seguridad Social de procesos de IT derivados de contingencias profesionales de:

-trabajadores de empresas asociadas con una mutua

-trabajadores por cuenta propia adheridos a una mutua para la protección de dichas contingencias.

- Facultativo de la empresa colaboradora voluntaria en la gestión de contingencias profesionales: procesos de IT derivados de contingencias profesionales de los trabajadores de esas empresas.
- Inspector médico del INSS/ISM: bajas médicas de recaídas de un proceso de menos de 365 días que finalizó por alta médica emitida por el médico del INSS.
- El INSS, a través del EVI/CEI:

-bajas médicas tras el alta médica sin declaración de Incapacidad Permanente formalizadas antes de los 365 días de IT.

-bajas médicas tras el alta médica sin declaración de Incapacidad Permanente formalizadas entre los 366 hasta los 545 días de IT.

Información que comprende el parte médico de baja.

El parte médico de baja recogerá los datos personales del trabajador y, además, la fecha de la baja, la contingencia causante, el código de diagnóstico, el código nacional de ocupación del trabajador, la duración estimada del proceso y, en su caso, la aclaración de que el proceso es recaída de uno anterior, así como, en este caso, la fecha de la baja del proceso que lo origina.

Asimismo, hará constar la fecha en que se realizará el siguiente reconocimiento médico.

Entrega de ejemplares al trabajador:

El facultativo que expida los partes médicos de baja, confirmación y alta entregará al trabajador dos copias del mismo, una para el interesado y otra con destino a la empresa.

XXII. LOS PARTES MÉDICOS DE CONFIRMACIÓN DE LA BAJA

Los partes de confirmación serán expedidos por el correspondiente facultativo del servicio público de salud, o de la mutua cuando la incapacidad temporal derive de una contingencia profesional cubierta por la misma, utilizando el modelo que figura como anexo II.

Reglas para la expedición en función de la duración estimada del proceso:

- En los procesos de duración estimada muy corta: no procederá la emisión de partes de confirmación, salvo que se modifique la duración del proceso de IT.
- Procesos de duración estimada corta: el primer parte de confirmación se expedirá en un plazo máximo de siete días naturales desde la fecha de la baja médica. El segundo y sucesivos partes de confirmación se expedirán cada catorce días naturales, como máximo.
- Procesos de duración estimada media: el primer parte de confirmación se expedirá en un plazo máximo de siete días naturales desde la fecha de la baja médica. El segundo y sucesivos partes de confirmación se expedirán cada veintiocho días naturales, como máximo.
- Procesos de duración estimada larga: el primer parte de confirmación se expedirá en un plazo máximo de catorce días naturales desde la fecha de la baja médica. El segundo y sucesivos partes de confirmación se expedirán cada treinta y cinco días naturales, como máximo.

Modificación o actualización del diagnóstico o una variación de la duración estimada.

- Producida una modificación o actualización del diagnóstico o una variación de la duración estimada en función de la evolución sanitaria del trabajador, se emitirá un parte de confirmación en el que se hará constar el diagnóstico actualizado, la

nueva duración estimada y la fecha de la siguiente revisión. Los posteriores partes de confirmación se expedirán en función de la nueva duración estimada.

Atención médica por otro SPS.

- Cuando un trabajador en situación de IT pase a recibir la asistencia sanitaria en un servicio público de salud distinto del que hubiera venido prestándosela, dicha circunstancia se reflejará en el parte de confirmación inmediatamente anterior, cumplimentando el apartado correspondiente. En dicho parte se indicará también la fecha en que procederá realizar la siguiente revisión médica por el nuevo servicio público de salud.

Entrega de ejemplares al trabajador:

- El facultativo que expida los partes médicos de baja, confirmación y alta entregará al trabajador dos copias del mismo, una para el interesado y otra con destino a la empresa.

Cumplimiento de los 365 días en IT.

- El facultativo del servicio público de salud o el facultativo de la mutua si se trata de contingencia profesional a cargo de la misma, cuando emita el último parte de confirmación anterior al agotamiento de los 365 días naturales de duración, comunicará al trabajador en el acto de reconocimiento médico que, una vez agotado el referido plazo, el control del proceso corresponderá en lo sucesivo al INSS en los términos establecidos en el artículo 170 del Texto Refundido de la

Ley General de la Seguridad Social, informándole de que no emitirá más partes de confirmación. Todo ello sin perjuicio de que el servicio público de salud o la mutua le siga prestando la asistencia sanitaria que aconseje su estado.

- A tal efecto, en dicho parte de confirmación, el facultativo, en lugar de la fecha de la siguiente revisión médica, cumplimentará el apartado correspondiente al pase a control por el INSS, señalando el día de cumplimiento de los 365 días naturales en situación de IT.
- El servicio público de salud comunicará telemáticamente al INSS la fecha del agotamiento de los 365 días de manera inmediata a su cumplimiento y, en todo caso, no más tarde del primer día hábil siguiente.

IT a cargo de mutua. Comunicación del INSS al cumplimiento de los 330 días.

- En los procesos en que el subsidio esté a cargo de una mutua, cualquiera que sea la contingencia de que deriven, el INSS comunicará a la misma, de manera inmediata, que el proceso ha alcanzado los 330 días naturales de duración según los datos existentes en las bases de datos del sistema, indicando que a partir del agotamiento de los 365 días, la entidad gestora ejercerá las competencias que le corresponden de acuerdo con el artículo 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.
- Tratándose de procesos derivados de contingencia profesional, la mutua, una vez recibida la indicada comunicación y antes de que la incapacidad temporal alcance los 345 días naturales de duración, podrá hacer al INSS una propuesta motivada de actuación en alguno de los sentidos indicados en el citado artículo 128.1.a) párrafo segundo. Dicha propuesta no será vinculante para el INSS.

- Este Instituto dictará resolución expresa en el ejercicio de las referidas competencias, cualquiera que sea la contingencia.

XXIII. INFORMES MÉDICOS COMPLEMENTARIOS

En los procesos de incapacidad temporal cuya gestión corresponda al servicio público de salud y su duración prevista sea superior a 30 días naturales, el segundo parte de confirmación de la baja irá acompañado de un informe médico complementario expedido por el facultativo que haya extendido el parte anterior.

Recogerá las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas en su caso realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado.

En los procesos inicialmente previstos con una duración inferior y que sobrepasen el periodo estimado, dicho informe médico complementario deberá acompañar al parte de confirmación de la baja que pueda emitirse, en su caso, una vez superados los 30 días naturales.

Los informes médicos complementarios se actualizarán, necesariamente, con cada dos partes de confirmación de baja posteriores.

XXIV. PARTES DE ALTA DURANTE LOS 365 PRIMEROS DÍAS

Parte médico de alta.

- El parte médico de alta de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, se expedirá inmediatamente después del reconocimiento médico del trabajador, por el facultativo que lo realice, utilizando el modelo que figura como anexo I de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.
- El alta médica determinará la extinción de la situación de incapacidad temporal y del consiguiente subsidio el mismo día de su expedición, sin perjuicio de que los servicios sanitarios correspondientes continúen prestando al trabajador la asistencia sanitaria que aconseje su estado.
- El alta médica determinará la obligación de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo el mismo día en que produzca sus efectos.

Supuestos de alta médica:

- Además de los supuestos de alta médica previstos en la emisión de los partes médicos de baja e independientemente de cuál fuera la duración estimada del proceso, se expedirá el alta médica por curación o mejoría que permite realizar el trabajo habitual, cuando el facultativo considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral, o por propuesta de incapacidad permanente, o por inicio de una situación de maternidad.

- Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia.

Competencia para la emisión de los partes médicos de alta:

- Servicio público de salud, de procesos de IT derivados de:
 - Contingencias comunes de los trabajadores de la Seguridad Social.
 - Contingencias profesionales de los trabajadores de empresas que tienen protegidas estas contingencias con el INSS.
- Inspector médico de los Servicios Públicos de Salud de procesos de IT derivados de:
 - Contingencias comunes.
 - Contingencias profesionales de los trabajadores de empresas que tienen protegidas estas contingencias con el INSS.
- Servicio médico de la mutua colaboradora con la Seguridad Social de procesos de IT derivados de contingencias profesionales de:
 - Trabajadores de empresas asociadas con una mutua.
 - Trabajadores por cuenta propia adheridos a una mutua para la protección de dichas contingencias.

- Facultativo de la empresa colaboradora voluntaria en la gestión de contingencias profesionales:
 - Procesos de IT derivados de contingencias profesionales de los trabajadores de esas empresas.
- Inspector médico del INSS/ISM:
 - Alta médica del facultativo del INSS.

Información que comprende el parte médico de alta

- Deberá contener la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial.

Entrega de ejemplares al trabajador:

- El facultativo que expida los partes médicos de baja, confirmación y alta entregará al trabajador dos copias del mismo, una para el interesado y otra con destino a la empresa.

Propuesta de alta médica:

- Cuando la propuesta de alta formulada ante el Servicio Público de Salud por una mutua no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días (once días hasta el 1 de marzo de 2015, Disposición transitoria segunda del RD 625/2014, de 18 de julio), la mutua podrá solicitar el alta al INSS o, en su caso, al ISM, de acuerdo

con las competencias previstas en la Disposición adicional 52 de la Ley General de Seguridad Social.

- La entidad gestora resolverá en el plazo de cuatro días (8 días hasta el 1 de marzo de 2015, Disposición transitoria segunda del RD 625/2014, de 18 de julio) siguientes a su recepción.
- Tras el reconocimiento médico al trabajador, si el facultativo considera que el trabajador está capacitado para el trabajo, emitirá el alta médica a todos los efectos.

Agotado el período de 365 días en la situación de IT, el INSS (o el ISM) será el único competente para:

- Reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 180 días más.
- Determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente.
- Emitir el alta médica. Si el interesado no está conforme con el alta médica emitida por la Entidad gestora puede manifestar disconformidad en los términos legalmente establecidos.

XXV. OTROS INFORMES MÉDICOS DE CONTROL

En los procesos cuya gestión corresponda al servicio público de salud, trimestralmente, a contar desde la fecha de inicio de la baja médica, la inspección médica del servicio público de salud o el médico de atención primaria, bajo la supervisión de su inspección médica, expedirá un informe de control de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal del trabajador.

XXVI. ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR DURANTE LA IT

Parte médico de baja

El trabajador recibe dos copias del parte de baja: una para su constancia y otra para presentar en la empresa -el ejemplar destinado a ella- dentro del plazo de tres días, contados a partir de la fecha de expedición del parte.

Los días se consideran hábiles y el cómputo se efectúa a partir del día siguiente al de su expedición.

Parte de confirmación de la baja.

El trabajador recibe dos copias del parte de confirmación de la baja: una para su constancia y otra para presentar en la empresa -el ejemplar destinada a ella- dentro del plazo de tres días contados a partir de la fecha de expedición del parte.

Los días se consideran hábiles y el cómputo se efectúa a partir del día siguiente al de su expedición.

Si se ha extinguido la relación laboral, el trabajador debe presentar el parte de confirmación directamente ante la entidad gestora o Mutua (o empresa si es colaboradora voluntaria) en el plazo fijado para la empresa, es decir, dentro de los tres días de su recepción que se contarán desde que se lo entrega el médico.

Parte médico de alta

El trabajador recibe dos copias del parte médico de alta: una para su constancia y otra para presentarla en la empresa dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si se ha extinguido la relación laboral, el trabajador debe presentar el parte de alta directamente en la Mutua o entidad gestora (o empresa si es colaboradora voluntaria) en el plazo fijado para la empresa, es decir, dentro de las veinticuatro horas de su recepción.

Procesos de duración muy corta.

El trabajador presentará a la empresa la copia del parte de baja/alta destinada a ella dentro de las 24 horas siguientes a la fecha del alta. Excepcionalmente, si el

facultativo emite el primer parte de confirmación porque considere que el trabajador no ha recuperado su capacidad laboral, el trabajador lo presentará a la empresa dentro de las 24 horas siguientes a su expedición, junto con el parte de baja inicial.

No obstante, si la relación laboral finaliza durante la situación de incapacidad temporal, a partir de ese momento el trabajador habrá de presentar la copia de los partes de confirmación y de alta destinada a la empresa, a la entidad gestora o mutua que cubra la prestación económica de incapacidad temporal, en los mismos plazos indicados en el párrafo anterior.

Procesos de IT en pago directo

En los procesos de incapacidad temporal en los que proceda el pago directo del subsidio por la entidad gestora o colaboradora, corresponderá a los interesados presentar ante la misma los partes médicos de baja/alta o de confirmación, utilizando para ello la copia destinada a la empresa.

Incumplimiento de estas obligaciones.

Se considera infracción leve el no facilitar a la entidad correspondiente o a la empresa, cuando le sean requeridos, los datos necesarios para su afiliación o su alta en la Seguridad Social y, en su caso, las alteraciones que en ellos se produjeran, los de la situación de pluriempleo, y, en general, el incumplimiento de los deberes de carácter informativo. (Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo nº 5 /2000 del 4 de agosto).

**XXVII. PROCEDIMIENTO DE DISCONFORMIDAD CON EL ALTA
MÉDICA EMITIDA POR LA ENTIDAD GESTORA A PARTIR DE LOS 365
DÍAS**

- Frente a la resolución del INSS (o del ISM), que declare la extinción de la IT por alta médica, el interesado podrá manifestar su disconformidad en el plazo máximo de los 4 días naturales siguientes a la recepción de la resolución, cumplimentando el modelo aprobado al efecto por la Entidad gestora.
- La manifestación de disconformidad se presentará ante la Inspección médica del SPS, Entidad gestora o en cualquiera de los órganos señalados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
- El interesado lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente dicha disconformidad o en el siguiente día hábil.
- Si el SPS discrepara del criterio de la Entidad gestora, podrá proponer, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

La Entidad gestora deberá pronunciarse expresamente en el transcurso de los 7 días naturales siguientes, notificando la resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica, en el sentido siguiente:

- Si en función de la propuesta reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos.
- Si, por el contrario, se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de IT hasta la fecha de la última resolución.
- Si el SPS confirmara la decisión de la Entidad gestora o no efectuara pronunciamiento alguno en el plazo de los 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha de alta y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de IT.
- El INSS (o el ISM) y los SPS deberán comunicarse recíprocamente, a la mayor brevedad posible, el inicio del procedimiento de disconformidad así como todas las decisiones que adopten en el desarrollo del procedimiento.
- La Entidad gestora comunicará a su vez a la empresa, a la mayor brevedad posible, todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de la IT del interesado.
- Las comunicaciones entre las EEGG, SPS y las dirigidas a la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos o telemáticos.
- El procedimiento de disconformidad no se aplica en la Comunidad Autónoma de Cataluña, por ejercer los médicos del Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas y Sanitarias (ICAMS) las competencias atribuidas a los del INSS.

XXVIII. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LA MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL O LA EMPRESA COLABORADORA

Frente a las altas médicas emitidas en los procesos de IT derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de los 365 días de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la Entidad gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta, de acuerdo con lo previsto en los apartados siguientes:

- La tramitación del procedimiento debe considerarse preferente por la Entidad gestora, con el fin de que se dicte resolución en el menor tiempo posible.

- El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora en el plazo de 10 días hábiles siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la Entidad Gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. A la indicada solicitud, y con el fin de que la Entidad Gestora conozca los antecedentes médicos-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

El interesado que inicie el procedimiento de revisión, lo comunicará a la empresa el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil

- La mera iniciación del procedimiento suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de IT derivada de contingencia profesional durante la tramitación del procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la IT, en los términos previstos los párrafos siguientes.
- El INSS o el ISM, en su caso, comunicará a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. Si no se presentara la mencionada documentación, se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

La Mutua Colaboradora con la Seguridad Social podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará sin más trámite el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la Entidad gestora.

- Asimismo, la Entidad Gestora competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los 2 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por SPS, aquélla, con el fin de coordinar

las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al INSS o al ISM, con carácter inmediato.

A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y se conociera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivado de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el Servicio Público de Salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los 10 días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento especial de revisión y, además, comunicará con carácter inmediato a la Entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de IT que pudieran estar relacionados.

En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de IT por contingencias comunes hasta la fecha de la resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la Entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor.

- El Director provincial competente de la Entidad gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de 15 días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades que debe examinar y valorar el caso concreto.
- La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica fijando, en su caso, la contingencia de la que

deriva el proceso de IT, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación de este procedimiento especial por el SPS. En consecuencia, el procedimiento terminará con alguno de los siguientes pronunciamientos:

- Confirmación del alta médica emitida por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de IT en la fecha de la mencionada alta.
- Mantenimiento de la situación de IT derivada de contingencia profesional por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
- Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de IT, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de IT, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.
- Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de IT.
- Cuando la Entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de IT, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de

la IT, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución.

- Las comunicaciones efectuadas entre las EEGG, la entidad colaboradora, el SPS y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.
- Si durante la tramitación de este procedimiento especial, se cumpliera el plazo de los 365 días de duración de la situación de IT, la Entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el artículo 170 de la LGSS.
- El abono de la prestación, durante la tramitación de este procedimiento, será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.
- Las resoluciones emitidas por la Entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en este procedimiento, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, lo que se hará constar en la resolución que se dicte.

XXIX. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Inicio del procedimiento

El procedimiento para la determinación de la contingencia causante de los procesos de IT se podrá iniciar, a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica:

1. De oficio, por propia iniciativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), o como consecuencia de petición motivada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del Servicio Público de Salud (SPS) competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, o a propuesta del Instituto Social de la Marina (ISM).
2. A instancia del trabajador o su representante legal.
3. A instancia de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente.

Las solicitudes deberán ir acompañadas de toda la documentación necesaria para poder determinar la contingencia, incluidos, en su caso, los informes y pruebas médicas realizados.

Direccionamiento del trabajador al SPS por la mutua.

El facultativo de la mutua que asista al trabajador podrá inicialmente, previo reconocimiento médico preceptivo y la realización, en su caso, de las pruebas que correspondan, considerar que la patología causante es de carácter común y remitir al trabajador al SPS para su tratamiento, sin perjuicio de dispensarle la asistencia precisa en los casos de urgencia o de riesgo vital. A tal efecto entregará al trabajador un informe médico en el que describa la patología y señale su diagnóstico, el tratamiento dispensado y los motivos que justifican la determinación de la contingencia causante

como común, al que acompañará los informes relativos a las pruebas que, en su caso, se hubieran realizado.

Emisión de parte médico de baja por el SPS.

Solicitud de determinación de contingencia del trabajador

Si, a la vista del informe de la mutua, el trabajador acude al SPS y el médico de este emite parte de baja por contingencia común, el beneficiario podrá formular reclamación con relación a la consideración otorgada a la contingencia ante el INSS, que se sustanciará y resolverá aplicando el procedimiento regulado en el artículo 6 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre.

Inicio de oficio de expediente de determinación de contingencias

Por su parte, el facultativo que emita el parte de baja podrá formular su discrepancia frente a la consideración de la contingencia que otorgó la mutua, en los términos establecidos en el artículo 6 mencionado en el párrafo anterior, sin perjuicio de que el parte médico produzca plenos efectos.

Comunicación del inicio del procedimiento a los interesados. Solicitud de informes.

El INSS comunicará la iniciación del procedimiento al SPS competente, a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o a la empresa colaboradora, según corresponda, cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia y en aquellos asuntos que les afecten, para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles, aporten los antecedentes relacionados con el caso

de que dispongan e informen sobre la contingencia de la que consideran que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo.

También se dará traslado al trabajador de la iniciación del procedimiento, cuando esta no hubiera sido a instancia suya, comunicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles para aportar la documentación y hacer las alegaciones que estime oportunas.

Asimismo, el INSS podrá solicitar los informes y realizar cuantas actuaciones considere necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe dictar resolución.

Tramitación

El equipo de valoración de incapacidades emitirá un informe preceptivo, que elevará al director provincial del INSS, en el que se pronunciará sobre la contingencia que ha originado el proceso de dicha incapacidad.

Emitido el informe del equipo de valoración de incapacidades, el director provincial competente del INSS dictará la resolución que corresponda, en el plazo máximo de quince días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas, o del agotamiento de los plazos concedidos en la comunicación del inicio del expediente.

En el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el informe preceptivo del correspondiente equipo de valoración de incapacidades será formulado ante el director provincial del ISM, para que este adopte la resolución que corresponda y proceda a su posterior notificación a las partes interesadas.

Resolución

La resolución que se dicte deberá pronunciarse sobre los siguientes extremos:

1. Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal y si el proceso es o no recaída de otro anterior.
2. Efectos que correspondan, en el proceso de IT, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante, cuando coincidan en el tiempo dolencias derivadas de distintas contingencias.
3. Sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias.

Efectos de la resolución. Modificación de contingencia:

Contingencia común a contingencia profesional.

Cuando por el SPS se hubiera emitido parte de baja por contingencias comunes, se iniciará el abono de la prestación de IT que por estas corresponda hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando la resolución determine el carácter profesional de la contingencia, la mutua que la cubra deba abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor, y reintegrar tanto a la entidad gestora, en su caso, la prestación abonada a su cargo, mediante la compensación de las cuantías que procedan, como al SPS el coste de la asistencia sanitaria prestada. Asimismo, cuando la contingencia profesional estuviera a cargo de la entidad gestora, esta abonará al interesado las diferencias que le correspondan.

Contingencia profesional a contingencia común.

De igual modo se procederá cuando la resolución determine el carácter común de la contingencia, modificando la anterior calificación como profesional y su protección hubiera sido dispensada por una mutua. Esta deberá ser reintegrada por la entidad gestora y el SPS los gastos generados por las prestaciones económicas y asistenciales hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común. Asimismo, la mutua, cuando ambas contingencias fueran protegidas por la misma, realizará las correspondientes compensaciones en sus cuentas.

Comunicación de la resolución. Recursos.

La resolución será comunicada al interesado, a la empresa, a la mutua y al SPS. Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la mutua y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.

Las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 6 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

XXX. DIVERSOS SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA

IT

- STS 6 de julio de 2006 : «la finalidad de la prestación de IT "no es otra que la de suplir con aquella prestación la falta de rentas derivadas de una situación de baja laboral", y que la interpretación que ha de darse a los preceptos a que se viene aludiendo, tiene que evitar "que se produzca una situación totalmente rechazable en cualquier tipo de aseguramiento, cual es que un asegurado pueda percibir ante cualquier situación de baja laboral satisfacción económica superior a la que le correspondería de no haberse producido la misma". Lo cual constituye, en lo que atañe al caso aquí analizado, una razón más en favor del criterio que se viene exponiendo, dado que al no encontrarse la actora en situación de alta ni asimilada al alta, hay que deducir que no trabajaba ni, en consecuencia, percibía compensación económica alguna por trabajo, con lo que no existe en este caso ninguna renta que tenga que ser suplida con la pretendida prestación de IT, y además si se le otorga el derecho a percibir la misma, se le concedería un beneficio económico por causa de su enfermedad, que no tendría de haberse mantenido sano y con salud»

- STS 5 de julio de 2006: «¿quién debe ser responsable, si el empresario o el INSS, del subsidio de incapacidad temporal iniciado por un trabajador en momento posterior al día de su despido, fecha en que la empresa le da de baja en Seguridad Social y deja de cotizar por él, regularizando retroactivamente la situación, cuando la sentencia de improcedencia de despido es firme?. "En el despido declarado improcedente o nulo en vía judicial y como consecuencia de esa situación de alta condicional latente, el trabajador que inicia una IT después del despido, si éste se declara finalmente improcedente en vía judicial, debe ser considerado realmente en alta en Seguridad Social, pese a la baja formal que dio la empresa; y consecuentemente será el INSS quien deba responder directamente del pago del subsidio con exoneración de la patronal. Así lo ha establecido esta Sala en sus

sentencias de 17-1-95 (rec. 905/94) y 24-6-96 (rec. 2793/95). Porque 'la decisión extintiva del empresario ejercitada mediante despido le autoriza a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social, sin perjuicio de las consecuencias que puedan producirse con eficacia retroactiva en caso de declaración de nulidad o improcedencia del despido respecto de los salarios dejados de percibir y de las cotizaciones que por los mismos han de ingresarse en la Seguridad Social (. . .). Esto significa que la Seguridad Social debe abonar el subsidio de ILT durante tal período y percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación'."»

- STS 3 de mayo de 2006: «se excluye el automatismo en el tránsito de la incapacidad temporal a la incapacidad permanente y se establece que tal tránsito no opera por la mera extinción de la incapacidad temporal con el transcurso de su plazo máximo de duración si no hay incapacidad para el trabajo. Lo que determina el transcurso de ese plazo es que la situación del interesado deba ser examinada en el término que se indica en orden a su calificación como incapacidad permanente o que, si se demora esa calificación, se prorrogue la incapacidad temporal. Pero la obligación de proceder al examen en orden a la calificación no implica que se produzca ésta si no se constata la incapacidad. Esta doctrina ha sido establecida para los trabajadores autónomos, pero su alcance es más general. La recta inteligencia de las normas de los artículos 131.bis.2 y 136.1.4º de la Ley General de la Seguridad Social lleva a la conclusión de que lo que se autoriza en ellas es la posibilidad de reconocimiento de una incapacidad permanente sin exigir la permanencia de la situación de protegida cuando la incapacidad temporal excede del plazo máximo de duración. Pero tal dispensa no permite que por el mero transcurso del tiempo se califique como incapacidad permanente una situación en la que no hay imposibilidad de trabajo. En este sentido es terminante el artículo 136.1.4º de la Ley General de la Seguridad Social cuando precisa que la situación de incapacidad tiene que subsistir después de transcurrido el plazo de la incapacidad temporal. Sin duda lo que se produce en estos casos es un conflicto de calificaciones, pues la persistencia de la baja médica parece indicar que continúa también la incapacidad para el trabajo,

mientras que la decisión de la gestora de la incapacidad permanente excluye tal incapacidad y ésta es la decisión que ha de prevalecer en el ámbito administrativo, aunque puede impugnarse ante el orden social de la jurisdicción. Pero para que tal impugnación prospere será preciso que la parte acredite que existe una situación de incapacidad para el trabajo y no simplemente que ha transcurrido el plazo máximo de incapacidad temporal sin alta médica por curación.»

- STS 22 de noviembre de 2005: «la situación de incapacidad temporal se mantendrá "mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo" (art. 128.1), sin que el mero hecho de que, iniciadas actuaciones administrativas tendentes a conseguir una posible declaración de incapacidad permanente, terminen aquéllas con la decisión de no declarar tal incapacidad, pueda dar lugar a la extinción del subsidio establecido en el art. 129 de la LGSS para la situación de incapacidad temporal que nos ocupa; y ello es así porque la situación a la que acabamos de referirnos no viene contemplada entre las únicas que pueden dar lugar a la extinción del referido subsidio, causas que no son otras que las taxativamente mencionadas en el número 1 del art. 131.bis del propio Texto legal.»

- STS (Soc./UD), 26 de enero de 1999: «En la gestión ordinaria de la protección por incapacidad temporal rige un principio de oficialidad, de acuerdo con el cual la prestación se hace efectiva de modo directo y automático conforme al diagnóstico y determinación provisional de la causa de la dolencia efectuada en el parte de baja médica; esta determinación provisional inmediata del hecho causante por parte del servicio médico, aconsejada por razones de celeridad en la protección, se lleva a cabo sin perjuicio de una eventual comprobación médica y jurídica posterior, realizada a instancia de parte o de oficio por la entidad gestora, que se concreta en una resolución administrativa de dicha entidad gestora; la determinación

en el parte de baja médica de la causa de la lesión que genera incapacidad temporal no es un acto de reconocimiento de derecho (...) a causa de su provisionalidad y de su función exclusiva de garantía de automaticidad de prestaciones».

- STS (Soc./UD), 3 de octubre de 2000: «...la específica situación de IT que se recoge en el párr. 2.º del núm. 2 del art. 131 bis (...) es una situación excepcional y extraordinaria, pues se da después de haberse superado el plazo máximo de 18 meses a que se extiende la duración propia de la IT. Y al tratarse de un lapso temporal que se añade o suma al tiempo máximo de duración de esa prestación, es totalmente lógico y razonable que el mismo concluya en el instante en que se efectúa la calificación de la incapacidad permanente, sin necesidad de esperar a que ésta sea notificada al interesado; cualquiera que sea el signo de tal calificación, esto es tanto si se trata de una decisión estimatoria de la misma como si es denegatoria. Debe destacarse que esta causa de extinción de la prestación es de carácter objetivo, pues se produce por la mera concurrencia de la calificación citada, no teniendo incidencia alguna al respecto elementos de carácter subjetivo, como pueda ser el conocimiento de tal calificación por el trabajador afectado».

- STS (Soc./UD), 20 de enero de 2000: «... el derecho a la percepción de (incapacidad temporal) se extingue en la fecha en que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador interesado, tanto si declara la existencia de tal incapacidad como si la deniega; puesto que resulta incuestionable que el instante en que se dicta esa resolución es "el momento de la calificación de incapacidad permanente"».

- STS (Soc./UD), 1 de febrero de 1999: «...si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viera interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a 6 meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad... El (...) atendible propósito de evitar posibles abusos o fraudes en la percepción de la prestación de incapacidad temporal (no puede llevar a) consecuencias (...) excesivamente rigurosas, (privando) de protección en todas las situaciones de recaída en la misma enfermedad tras el agotamiento de un período de incapacidad subsidiada. Dichos posibles abusos o fraudes se deben atacar con los medios de inspección a disposición de las entidades gestoras de la Seguridad Social, y no mediante la negación de las prestaciones a quienes han conseguido de nuevo completar los requisitos para su obtención».

- STS (Soc./UD), 4 de julio de 2000: «...el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de (incapacidad temporal), no está condicionado a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectivo de modo directo y automático conforme al principio de "oficialidad", una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación. Esto significa que dicha presentación hace innecesaria solicitud expresa para el reconocimiento del derecho, por lo cual, de ser ésta formulada con posterioridad a la recepción del parte de baja, no cabe oponer la retroacción que establece el art. 43.1 LSS».

- STS (Soc./UD), 8 de marzo de 1995: «Cuando se extingue el contrato estando el trabajador en situación de incapacidad laboral transitoria, el empresario está autorizado a darle de baja en la Seguridad Social y cesa su obligación de cotizar (...), teniendo el trabajador derecho a percibir el subsidio correspondiente con cargo directo al INSS, sin que en este tiempo consuma las prestaciones del desempleo; una vez terminada la incapacidad laboral transitoria, pasa a situación legal de desempleo si reúne los requisitos exigidos, y si vuelve a padecer incapacidad temporal, percibe

el subsidio con cargo al INEM, sin que se prolongue por eso el período de desempleo».

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia de 6 de junio de 2003 estudia en suplicación un supuesto en que la de instancia estimó la demanda del actor, en la que pretendía que se declarase no ajustada a derecho la decisión de la MATEPSS demandada, de no abonarle la prestación de subsidio de incapacidad temporal, así como que continuase con el pago hasta que se produjera el alta. El Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia impugnada y afirma que la Mutua debió comunicar a la Entidad Gestora o a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la realización de trabajos por el beneficiario por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, a fin de que se iniciara el procedimiento sancionador al efecto. Es la Entidad Gestora la encargada de aplicar el artículo 132.1.d) del TRLGSS, no directamente la entidad colaboradora, que carece de competencia para ello; se trata, en definitiva, de un acto sancionador que debe reunir unos requisitos: motivación, formalización por escrito, notificación y reseña de medios de impugnación, y que, además, deberá ser dictado por la entidad competente para ello.

En los casos en que la Mutua anticipa la prestación y se subroga en los derechos del trabajador (artículo 126.3 del TRLGSS), al reclamar del empresario las cantidades que ha anticipado tiene derecho a recuperar no sólo el capital coste de pensión, sino también el importe de los intereses de capitalización. Se argumenta al efecto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 11 de febrero de 2002 (AS 2002\1061) que la obligación de ingresar el capital coste de la pensión incluye la del importe de los intereses de capitalización, obligación ésta exigible tanto a la empresa, cuando es responsable del pago de la prestación, como a la Mutua, cuando tal obligación es exigible en virtud del principio de automaticidad. Además, en esos casos, la empresa, en cuanto responsable directo del pago de la prestación, pudo y tuvo obligación de constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión, con los intereses de capitalización, sin esperar a que la

Mutua anticipara dichos capitales, en virtud del principio de automaticidad, de modo que la responsabilidad empresarial es en todo momento independiente de la que corresponda a la Mutua, en virtud de la garantía que para el trabajador supone el principio de automaticidad de prestaciones. También la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social como sucesor del Fondo de Garantía se extiende a todas las obligaciones contraídas por el empresario responsable, sin limitarse al capital coste de la pensión.

En el supuesto de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, debida a descubiertos prolongados y reiterados, en el pago de cotizaciones que suponen incumplimientos definitivos y voluntarios, de carácter rupturista y expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar, se plantea si la Mutua con la que el empleador ha cubierto el riesgo de accidente de trabajo puede exigir al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el concepto de responsabilidad subsidiaria, además del reintegro de las prestaciones por ella anticipada la cantidad que le ha sido retraída a la Mutua por la empresa a través del sistema de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal correspondiente. El Tribunal Supremo ha dado respuesta a esta cuestión en varias sentencias —26 de junio, 3 de julio y 30 de septiembre de 2002—, afirmando que la función de pago delegado impuesta a las empresas como colaboración obligatoria con el Sistema de la Seguridad Social, regulada reglamentariamente por la OM de 25 de noviembre de 1966, puede identificarse como un mandato por ministerio de la Ley, cuyo cumplimiento confiere al mandatario el derecho al resarcimiento de los gastos originados, en beneficio del mandante, como se previene en el artículo 1728 del Código Civil, cuyo párrafo segundo dispone que si el mandatario hubiera anticipado las cantidades necesarias para la ejecución de lo mandado el mandante debe reembolsarlas, y esta es la finalidad atendida con la facultad conferida a la empresa por el artículo 20 de la Orden antes mencionada, con el conocido descuento o deducción de los ingresos por cotización que fueran obligados para la empresa que hizo el pago delegado. Sin embargo, el Tribunal Supremo dice que la normativa específica de la Seguridad Social carece de una previsión concreta que regule el supuesto enjuiciado y

consistente en la necesidad de reintegro a la Mutua aseguradora de lo que le fue detraído en su día por el empresario, sin título jurídico alguno, puesto que el tácitamente invocado al hacer la deducción de su importe en la cotización, consistente en haber satisfecho el subsidio debido al trabajador, no respondía a la realidad. Efectuada esta deducción, sin causa legal, no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria que se pide, porque el Fondo asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua patronal.

Un supuesto que ha suscitado gran debate en el Tribunal Supremo y cambio de criterio jurisprudencial a partir de la sentencia de 2 de abril de 2003 —se ha seguido en otras como la de 11 de diciembre de 2003, rec. 582/2003—, es aquel en que el empresario paga la incapacidad temporal sin cerciorarse de que el trabajador a su servicio cumple los requisitos para ello. El problema que se suscita es si el empresario debe hacer frente al reintegro de las prestaciones cuando sea interpelado por la Entidad Gestora, argumentando que las prestaciones fueron indebidamente percibidas por el trabajador, todo ello sin perjuicio de repetir contra éste lo que satisfaga el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y más concretamente, el fondo del problema es si el deber de comprobación de las condiciones precisas para lucrar prestaciones económicas por incapacidad temporal incumbe al empresario pagador o a la Entidad Gestora deudora. El Tribunal Supremo en dos sentencias de 25 de septiembre de 2001 y 4 de diciembre de 2002 había dicho que sobre el empresario pesa el gravamen de averiguar si el trabajador cumple el periodo mínimo de carencia para acceder a prestaciones económicas por incapacidad temporal cuando se presenta el parte de baja, con la consecuencia obligada de que si no es diligente en el cumplimiento de este deber, se verá abocado a reintegrar al Instituto Nacional de la Seguridad Social lo indebidamente abonado por el trabajador. En la mentada sentencia de 2 de abril de 2003 el Tribunal Supremo muda el criterio y llega a la conclusión de que al empresario no le impone la ley otra obligación que la de

anticipar el pago por cuenta de la Entidad Gestora, una vez que ha recibido el reglamentario parte médico de baja y los de confirmación; tampoco la ley ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, debe reclamar el reintegro de las prestaciones así percibidas, pues es ésta una competencia que corresponde en exclusiva a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, por lo que tampoco deberá reintegrar lo percibido por otro, aunque se le reserven las acciones para repetir contra el verdadero obligado.

Si la Mutua se dirige judicialmente contra la empresa, como obligada principal, y contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como responsable subsidiario, reclamando las prestaciones económicas abonadas al trabajador, la Entidad Gestora puede invocar la prescripción en el acto del juicio, aun cuando no la hubiera alegado en la contestación a la reclamación previa, porque es una excepción que debe ser invocada y probada en el juicio. No existe renuncia tácita a la prescripción por el hecho de no alegarla en la resolución de la reclamación previa, porque aquélla supone la realización de actos directamente dirigidos al reconocimiento de la pretensión, los cuales deben ser expresos o, al menos, tácitos. El plazo de prescripción para el reintegro de prestaciones por parte de la Mutua que se ha subrogado en los derechos del beneficiario es el de cuatro años. Este plazo comenzará a contarse no desde la fecha del accidente, sino desde que se conoce el gasto total necesario para la recuperación del trabajador, esto es, cuando la Mutua aseguradora de la contingencia realiza el último abono al beneficiario en concepto de prestación de incapacidad temporal, surgiendo a partir de ese momento la legitimación para solicitar el resarcimiento. Así lo exige el artículo 1969 del Código Civil, conforme al cual «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

XXXI. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DIVERSAS DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La jurisprudencia ha asentado que la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo, pero no exonera al trabajador del cumplimiento de las obligaciones orientadas a obtener la recuperación de la salud. La realización de actividades o conductas que supongan una agravación de la enfermedad, un retardo en su proceso de curación, o que demuestren la posibilidad de trabajar, suponen una violación de la buena fe contractual y un abuso de confianza para con la empresa, además de un fraude frente a la Entidad Gestora.

La situación de baja por IT, no impide al trabajador el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación; debiéndose valorar para cada caso concreto si la realización de una actividad, sea laboral o lúdica, ocasional o frecuente, por cuenta propia o ajena, retribuida o gratuita, comporta el empeoramiento o retraso en el proceso de curación de la enfermedad, o evidencia la aptitud del empleado para el trabajo (STSJ Madrid 28/02/2006).

En este sentido la STSJ País Vasco 09/04/2002 (TSJ País Vasco, de 09/04/2002), establece que no toda actividad desarrollada en tiempo de baja justifica un despido disciplinario, sino sólo aquélla que perjudica la recuperación de la aptitud laboral del trabajador o la que evidencia por sí aptitud laboral, manifestando la misma el carácter fraudulento del proceso incapacidad temporal.

En relación con las actividades que el trabajador puede realizar durante la situación de incapacidad temporal la doctrina jurisprudencial ha establecido dos categorías distintas:

- aquellas que, por resultar incompatibles con el proceso patológico en que se ha fundado la baja laboral, evidencian la simulación del mismo y el propósito fraudulento con que su reconocimiento y efectos subsiguientes se han obtenido.
- aquellas que son incompatibles no con las disminuciones funcionales infligidas por los padecimientos indicados, sino con la eficacia de los tratamientos prescritos, retrasando o impidiendo el resultado de éstos y la recuperación del afectado con daño tanto de los intereses públicos del sistema asistencial, como de los privados de su empleadora

La aplicación de la doctrina gradualista impuesta por las Salas de lo Social establece la necesidad de que para que la actividad durante un período de baja por enfermedad sea encuadrable en la transgresión de la buena fe contractual, se examine la actividad desempeñada y ésta evidencie la aptitud para el trabajo, o que sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación - pues en ambos casos se pone de manifiesto la infidelidad del trabajador con el empresario, con defraudación al mismo-, a los compañeros de trabajo y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas, examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador, como el tipo de actividad e intensidad desarrollada, para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta.

La transgresión de la buena fe contractual no sanciona trabajar en situación de incapacidad temporal, sino la pérdida de confianza que ocasiona en la empresa el hecho de mantenerse en situación de incapacidad temporal a sabiendas de que estaba apto para el trabajo, defraudando las expectativas de la empresa de una rápida reincorporación y obligando a la empresa a abonar un complemento de la prestación

de incapacidad temporal y a la Seguridad Social el subsidio cuando el trabajador no se encuentra incapacitado para el trabajo

XXXII. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA QUE PUEDE UTILIZAR LA EMPRESA PARA COMPROBAR SI UN TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL ESTÁ O NO REALMENTE INCAPACITADO DE FORMA TEMPORAL PARA EL TRABAJO

Dada la existencia de sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia sobre las pruebas consideradas como válidas para demostrar la existencia de mala fe contractual por parte del trabajador en situación de incapacidad temporal, la Sala IV del Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2.012 (R. 2194/2011), estudia la validez o nulidad de los medios de prueba utilizados por una empresa para comprobar si un trabajador que se hallaba en situación de incapacidad temporal, realiza comportamientos que demuestren la falta de incapacidad temporal para el trabajo.

Fotografías y filmaciones en lugares públicos, pruebas obtenidas a través de las redes sociales u otras no deben ir en contra de la intimidad del trabajador para considerarse válidas.

Razonamientos de la STS 21/06/2012

Diversas pruebas para demostrar la existencia de mala fe contractual por parte del trabajador que está en situación de incapacidad temporal.

Respecto de que existen sentencias contradictorias de Tribunal Superior de Justicia que admiten diversas pruebas para demostrar la existencia de mala fe contractual por parte del trabajador que está en situación de incapacidad temporal, por

ejemplo, fotografías y filmaciones en lugares públicos, el Tribunal Supremo manifiesta que la diferencia fundamental en este caso concreto se dan en el carácter permanente del dispositivo de control (GPS), su incorporación sin su voluntad a un bien propiedad del trabajador, su vehículo, el exceso de control y la falta de proporcionalidad resultante, todo lo cual impide apreciar la identidad necesaria a efectos de contradicción entre la sentencia recurrida y la propuesta como de contraste. - STSJ Andalucía 22/03/2012 (R. 97/2012).

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo manifiesta que el motivo de recurso no se ha fundado adecuadamente, ya que la empresa recurrente se ha limitado a poner de manifiesto la contradicción existente entre las sentencias que compara pero sin entrar a debatir los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la necesidad e idoneidad del medio de prueba empleado (GPS).

Declaración de nulidad de las pruebas utilizadas por las empresas que van en contra de la intimidad del trabajador

Respecto de la alegación de la empresa en su RCUD en el sentido de que existen sentencias de Tribunal Superior de Justicia que ante la declaración de nulidad de las pruebas utilizadas por las empresas que van en contra de la intimidad del trabajador afectado se han limitado a no tener por acreditados dichos hechos con la consecuencia de que se trata de un despido sin causa que ha de ser declarado improcedente, por falta de pruebas, pero no nulo, el Tribunal Supremo, sin entrar a resolver esta cuestión tan trascendental, pone de relieve que del recurso de la empresa se desprende claramente que existen sentencias contradictorias, pero que el recurrente ha incumplido su obligación de rebatir los argumentos de la sentencia recurrida de los que se concluye que en ese caso concreto el despido ha de ser declarado nulo y no solamente improcedente.

Como ha puesto de relieve la STS 10/07/2000 el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 Constitución Española, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art.10 Constitución Española, reconoce e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" y que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (STC 98/2000).

Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" (SSTC 57/1994 143/1994, por todas).

En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los Art. 33, Art. 38 Constitución Española) y reconocido expresamente en el Art. 20 ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral - letra c) apdo. 2, Art. 4 ET y apdo. 3, Art. 20 ET.

Pruebas obtenidas a través de las redes sociales

Recientemente, la STSJ Asturias 14/06/2013 (R. 241/2013) ha estudiado un supuesto en el que se considera que no hay intromisión en la intimidad del trabajador en la obtención de pruebas de la realización de actividades que suponían una contradicción con la situación de incapacidad temporal encontradas libremente "colgadas" en redes sociales, que pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación -y que, además, fueron tomadas en un lugar público-. El TSJ recuerda que «la doctrina es coincidente en el sentido de que cuando el trabajador a través de los actos que realiza evidencia que se encuentra en una situación de normalidad, revelada precisamente por su conducta extra laboral, lo obligado es que pida su alta y se reincorpore al trabajo, y de no hacerlo así está incurriendo en la causa de despido...» y resalta que sea cual fuese la patología que originó la incapacidad laboral, si la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, el despido es procedente, en la línea de la jurisprudencia del TS (STS 14-5-90 , 22-3-83 o 11-7-02).

En definitiva para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad, sea encuadrable en la transgresión de la buena fe contractual se requiere que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o que aquélla sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación pues en ambos casos se pone de manifiesto la falta de buena fe del trabajador con su patrón, con defraudación al mismo, y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador como el tipo de actividad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta, conducta la de autos inequívocamente acreedora a la máxima sanción disciplinaria, pues sin desconocer en absoluto la teoría gradualista o de proporcionalidad, de la sanción, la actora efectuó actividades que evidencian la aptitud para el trabajo, por lo que o no precisaba la baja laboral o retrasó su recuperación. Hay que decir que el deber de buena fe es un elemento esencial del contrato de trabajo y éste se desarrolla no sólo durante las horas de permanencia en el centro de trabajo, sino que se extiende a todos aquellos actos propios de la vida del empleado pero que guarda relación con el ejercicio de su actividad laboral, por ello durante el período de incapacidad temporal también hay que cumplir dicho deber de

buena fe, consistente en este caso en no realizar tareas que le exijan los mismos requerimientos físicos y psíquicos de los que le exige las tareas que realiza en la demandada, y evitar prolongar esta situación porque ello origina un perjuicio a la empresa debido a la falta de trabajo del empleado, así como del pago de las cuotas de Seguridad Social.

No toda conducta consistente en realizar trabajos durante la IT, ha de ser considerada como constitutiva de la falta muy grave prevista en el apdo. 2 d) del Art. 54 Estatuto de los Trabajadores consistente en la transgresión a la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, ya que deben ser valoradas las circunstancias del caso y en el que nos ocupa. STSJ Comunidad Valenciana 18/07/2013 (R. 1358/2013).

Base jurídica

-TS, Sala de lo Social, de 21/06/2012, Rec. 2194/2011, TSJ Asturias, Sala de lo Social, nº 1333/2013, de 14/06/2013, Rec. 241/2013, TSJ Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, nº 578/2012, de 22/03/2012, Rec. 97/2012 y TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, nº 1811/2013, de 18/07/2013, Rec. 1358/2013.

Ha de tenerse en cuenta que en esta sentencia el Alto Tribunal, tras efectuar un análisis de los hechos por los que se sanciona al trabajador (violación del derecho a la intimidad por el medio de control empleado), de los medios de prueba utilizados (instalación de localizador GPS en el vehículo del trabajador) y sobre si el recurso de casación para la unificación de doctrina se ha planteado o no correctamente, se desestima el recurso interpuesto por la empresa por falta de contradicción y de fundamentación de la infracción legal alegada, con la consecuencia de que no llega a constituir doctrina legal, pero sí un “obiter dicta”, es decir, un pronunciamiento sobre cual será seguramente la posición del Tribunal Supremo en casos semejantes en que llegue a entrar en el fondo del asunto.

XXXIII. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR

El contrato de trabajo podrá suspenderse por incapacidad temporal de los trabajadores al amparo del apdo. 1, c) Art. 45 ET.

El apdo. 1, c) Art. 45 ET, establece que:

- Es la situación por la que el trabajador está impedido para el trabajo por enfermedad común o profesional o accidente de trabajo o no. Sentencia TSJ Andalucía, de 09/09/1999.
- Esta situación tiene una duración máxima de 12 meses, prorrogables por otros 6 (cuando se presume que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta médica). Solamente las enfermedades de la misma naturaleza producen, en sus sucesivas recaídas acumulación de los períodos correspondientes, a los efectos de determinar la duración máxima de la incapacidad laboral, resultado acumulativo que nunca alcanzan las dolencias clínicamente diferentes; si bien, en sede reglamentaria, se establece que aun tratándose de idéntica enfermedad, si entre una y otra situación incapacitante media una actividad laboral superior a seis meses, no se entiende que existe recaída. Sentencia TSJ Andalucía, de 30/11/2001.
- La reincorporación al puesto de trabajo se producirá cuando el trabajador sea dado de alta por curación. Sentencia TSJ Cataluña, de 14/02/2000.

- Existiendo resolución del INSS en la que se declara la disminución de las facultades del trabajador y siendo ésta plenamente ejecutiva no procede la suspensión del contrato de trabajo sino en todo caso su adscripción a trabajos compatibles con sus aptitudes. Sentencia TSJ Madrid, de 05/02/2002.

XXXIV. INCAPACIDAD TEMPORAL Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Si un trabajador se encuentra en situación de IT, y es incluido en un Expediente de Regulación de Empleo de suspensión o reducción de jornada no se incorporará al ERTE hasta obtenga el alta médica.

Igual que en el supuesto anterior, el trabajador en situación de descanso o permiso por paternidad (o maternidad) no será incluido en el ERTE hasta que finalice el periodo de disfrute del descanso o permiso.

A efectos de determinar el régimen de abono de la prestación por incapacidad temporal y poder cuantificar la misma, deben diferenciarse el Expediente de Regulación de Empleo de suspensión de aquel otro que suponga la extinción de la relación laboral, y si la incapacidad temporal se ha iniciado con anterioridad o posterioridad a la fecha de efectos del citado ERE, ya que esto permitirá establecer si el pago de la prestación por IT se realizará por pago directo o pago delegado. Atendiendo a esto hemos de estudiar los siguientes supuestos:

Trabajador incluido en ere suspensivo de relación laboral

Incapacidad Temporal iniciada con anterioridad a la fecha de efectos del ERE

En el supuesto poco probable, de que a un trabajador cuyo contrato de trabajo se encuentra suspendido por hallarse en situación de I.T. se le incluya en un ERE, la empresa mantiene la obligación de continuar con el abono de la prestación económica en régimen de pago delegado, como consecuencia de la colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social.

"Artículo 3.1.a). - Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

“Artículo 3.- Formas de colaboración obligatoria

1. Tendrán carácter obligatorio las formas de colaboración previstas en el apartado c) del número 1 del artículo 208 de la Ley de la Seguridad Social, y consistentes en el pago por delegación de las prestaciones económicas correspondientes a las siguientes situaciones y contingencias:

La cita a la Ley de la Seguridad Social entiéndase hecha actualmente a la letra c) del apartado 1 del Art. 77 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio)

- a) incapacidad temporal, protección a la familia y desempleo.
- b) Las demás que en su caso puedan determinarse reglamentariamente.

2. Las indicadas formas de colaboración serán obligatorias para todas las Empresas cualquiera que sea el número de trabajadores empleados, si bien su alcance podrá reducirse en los supuestos y términos que se regulan en el capítulo III.”

Incapacidad Temporal iniciada con posterioridad al inicio de los efectos del ERE

Si el trabajador cumpliera los requisitos del subsidio por incapacidad temporal (apdo. 2, 267, LGSS), la I.T., se cuantifica en el importe correspondiente a la prestación por desempleo, en base a las previsiones contenidas en el apdo. 2, Art. 283, Ley General de la Seguridad Social. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de incapacidad temporal una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.

En base a lo anterior la imputación del pago de la prestación debe efectuarse a la gestora de la prestación, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en base a la opción efectuada en su momento por la empresa.

El abono será efectuado por el Servicio Público de Empleo Estatal, cuando la gestora de la prestación sea el INSS.

Si la protección de la prestación por I.T., corresponde a una Mutua, ésta será la que gestione el pago de la misma. Debe hacerse notar que la incompatibilidad entre ambas prestaciones desempleo e I.T., obliga a que la administradora de la prestación por desempleo suspenda la prestación que, en su caso, viene abonando como consecuencia de la inclusión del trabajador en el ERE.

Si el trabajador no tuviese derecho a la prestación por desempleo, la empresa no estaría obligada a mantener la cotización del trabajador, por lo que en este supuesto, la prestación por I.T., sería abonada en régimen de pago directo, por la Mutua o el INSS, en función de la cobertura de la misma, en la cuantía que, en su caso, corresponda.

Trabajador incluido en ere extintivo de relación laboral

Incapacidad Temporal iniciada con anterioridad a la fecha de efectos del ERE:

En este supuesto, la prestación por incapacidad temporal, se abona a partir de la fecha extintiva de la relación laboral, en los términos contenidos en el apdo. 1. Art. 283, Ley General de la Seguridad Social, por la entidad responsable, INSS o Mutua, en la cuantía igual a la prestación por desempleo.

Incapacidad Temporal iniciada con posterioridad a la fecha de efectos del ERE:

En este caso, el apdo. 3, Art. 283, Ley General de la Seguridad Social, establece la percepción de la prestación por I.T., en cuantía igual a la prestación por desempleo, hasta la fecha de finalización del periodo de duración establecido para el desempleo, pasando a partir de esa fecha, a recibir de la gestora de la prestación por I.T., INSS o Mutua, en cuantía del 80 por 100 del Indicador público de rentas de efectos múltiples

2.- Otro trabajador cree que va a ser incluido en un ERE de suspensión de la relación laboral o reducción de jornada mientras se encuentre en situación de baja por paternidad.

En este supuesto, al igual que en el de maternidad, se suspenderá el pago de la prestación por desempleo y se empezará a percibir la prestación por paternidad (o maternidad), gestionada directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Una vez extinguida la prestación por paternidad, se reanudará la prestación

por desempleo por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión.

XXXV. DESPIDO DE TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

El Tribunal Constitucional considera que el despido del trabajador a causa de su enfermedad no es nulo, sino improcedente. Según nuestra vigente legislación laboral, la extinción del contrato de trabajo por este motivo será lícita únicamente por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito laboral ha sido la relativa a la calificación que ha de hacerse del despido motivado por la enfermedad del trabajador. Es decir, si éste ha de considerarse contrario al Art. 14, Constitución Española (CE) por ser un factor de discriminación y, en consecuencia, nulo, o si por el contrario no cabe hacer tal afirmación y, por tanto, se trata de un despido improcedente.

Según nuestra vigente legislación laboral, la extinción del contrato de trabajo por este motivo será lícita únicamente cuando se ampare en la letra d) del Art. 52, Estatuto de los Trabajadores. En caso de no serlo, cabrá considerarla nula exclusivamente cuando tenga por móvil alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en las leyes, o bien si se lleva a cabo con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador.

El Tribunal Supremo (STS del 29 de enero de 1991 y más recientemente STS de 22 de noviembre y STS de 18 de diciembre) ha afirmado que la enfermedad no constituye, con carácter general, un factor de discriminación, de modo que la extinción de la relación laboral amparada en ella no supone un despido nulo sino improcedente. Además, el alto tribunal sostiene que para considerar la citada causa de despido como una violación del Art. 14 Constitución Española es necesaria su configuración como un elemento de segregación o diferenciación social.

En el año 2008 se dio un paso más en este tema al existir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que avala y complementa la doctrina del Tribunal Supremo (STC el 26 de mayo de 2008), sobre la calificación de esta clase de despidos.

En ella el tribunal hizo un pormenorizado análisis sobre si un despido causado por enfermedad temporal del trabajador puede ser contrario al Art. 14 Constitución Española y, por tanto, nulo. Explicaba entonces que, para que un comportamiento entre en el ámbito de actuación del precepto, aun cuando no sea uno de los tasados expresamente en él, es necesario que éste tenga naturaleza peyorativa, es decir, que un determinado rasgo o condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades básicas, opere como factor de discriminación o segregación social, situando a un determinado colectivo en situación desfavorecida en la sociedad.

La enfermedad como causa de despido, según el TC, únicamente vulneraría el citado artículo cuando fuera tomado como motivo de segregación. Es decir, cuando la mera existencia de la misma se ponga en relación con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Sin embargo, cuando la enfermedad es motivo de extinción del contrato desde una perspectiva funcional, es decir, cuando la causa es que la enfermedad inhabilita realmente al sujeto para el correcto desempeño de sus funciones de forma que el

rendimiento obtenido por el empresario disminuye notablemente, en este caso, no puede hablarse de discriminación.

La doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia Tribunal Constitucional, nº 160/2007, de 02/07/2007, Rec. Recurso de amparo 7142-2004 -) ha señalado que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el Art. 15, Constitución Española cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta". Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada y esta conclusión no se ha combatido en el recurso. Sentencia TS, Sala de lo Social, de 31/01/2011, Rec. 1532/2010

La Sentencia del TS, Sala de lo Social, nº 366/2016, de 03/05/2016, Rec. 3348/2014, reiterando doctrina de las sentencias TS, Sala de lo Social, de 27/01/2009, Rec. 602/2008 y TS, Sala de lo Social, de 12/07/2012, Rec. 2789/2011, analiza el despido de una trabajadora en situación de IT. La causa alegada, bajo rendimiento, no se corresponde con la causa real. El Alto Tribunal considera el despido improcedente y no nulo reiterando que la enfermedad no puede equipararse a la discapacidad, a efectos

discriminatorios salvo supuestos en los que concurra el elemento de segregación, basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador.

Igualmente, la STSJUE (Sala Tercera), de 1 de diciembre de 2016 «Procedimiento prejudicial. Política social. Directiva 2000/78/CE. Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Artículos 1 a 3. Prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Existencia de una “discapacidad”. Concepto de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículos 3, 15, 21, 30, 31, 34 y 35. Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta», ha sentado las bases para la limitación de la duración mínima del plazo de una baja laboral para poder entender el despido como discriminatorio por motivos de discapacidad, al entender que, en caso de un accidente laboral con un proceso de incapacidad “duradero”, si el trabajador puede demostrar que la causa del despido ha sido su estado de incapacidad este se considere nulo. A pesar de no poder entenderse de forma genérica, según el fallo de Luxemburgo, que sean nulos todos los despidos que se producen durante una baja temporal por accidente laboral se ha abierto la puerta a la posible limitación a los mismos como consecuencia de su estado de incapacidad “duradero” en función del criterio del tribunal que entienda de la reclamación.

XXXVI. DESPIDO TÁCITO. NEGATIVA DE REINCORPORAR AL TRABAJADOR TRAS INCAPACIDAD TEMPORAL

La negativa del empresario a que un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, se reincorpore a su puesto de trabajo tras ser dado de alta médica, adquiere, según la jurisprudencia, la condición de despido (STS de 15 de diciembre de 2000 y STS de 6 de junio de 1988, STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 abril de 2005); comenzando el plazo para la presentación de demanda por despido el día en que, tras ser dado de alta médica, pretenda reincorporarse a su trabajo y no pueda hacerlo porque:

1. El empresario le deniegue la reincorporación (STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2001).
2. Se encuentra con la empresa cerrada definitivamente (STSJ de Galicia de 23 de marzo y de 23 de diciembre de 1992; de Andalucía/Sevilla de 1 de diciembre de 1992).
3. Se hubiese encontrado afectado por un expediente de regulación de empleo aprobado mientras él se encontraba en situación de incapacidad temporal (siempre que haya recibido comunicación previa) (STSJ de Galicia de 16 de octubre de 1991). Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 03/10/2005

Negativa del empleador a reincorporar al trabajador tras agotar el período máximo de duración de la incapacidad temporal

Debemos tener en cuenta distintos supuestos:

- 1.- La reincorporación al puesto de trabajo.

Una vez que el trabajador agota el plazo máximo por el que puede estar en situación de baja médica por incapacidad temporal, si el médico considera que el estado de salud del trabajador es óptimo para poder realizar las funciones que venía

desempeñando con anterioridad a la baja por incapacidad temporal, emitirá el correspondiente parte médico de alta.

La primera consecuencia que se deriva para el trabajador es la obligación que tiene de incorporarse a su puesto de trabajo el día siguiente a la recepción del parte médico. Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 03/10/2005

Para los Tribunales la expresión de que podría ir cuando quisiera y no percibiría retribución supone la ruptura de la relación laboral de modo unilateral por parte de la empresa; lo cual constituye un despido. Sentencia nº TSJ Cataluña, de 28/09/2001

2.- Agotamiento del período máximo de duración de la incapacidad temporal con propuesta de invalidez permanente.

Una vez agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal con propuesta de invalidez permanente, la suspensión del contrato de trabajo no cesa en la fecha de finalización de la incapacidad temporal, sino en la fecha en que se dicte la resolución del INSS pronunciándose sobre la invalidez del trabajador, momento a partir del cual, deberá el trabajador solicitar la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo. Si, en ese momento, el empresario rechaza la petición de reingreso, el trabajador podrá ejercitar su pretensión de despido (STS de 15 de diciembre de 2000 y STSJ de Asturias de 26 de enero de 2001).

3.- Denegación de la prestación de incapacidad permanente por parte del INSS e impugnación de la resolución administrativa por el trabajador

En el supuesto que el trabajador ejercite su derecho a impugnar la resolución denegatoria de prestación de incapacidad permanente, el contrato de trabajo no podrá

ser extinguido en tanto no se resuelva el recurso planteado por el trabajador. Si, finalmente, se deniega al trabajador la pensión por incapacidad permanente y el empleador se opone a readmitirle en su antiguo puesto de trabajo, podrá accionar por despido, salvo que no haya manifestado su voluntad de reincorporación, en cuyo caso, se entenderá que desiste de la relación laboral (STS de 13 de junio de 1988 y STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 1997).

XXXVII. SALARIO REGULADOR PARA EL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

El salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes (30 días, si se recibe el salario mensual o 31, 30 ó 28 si se recibe por días) prorrateado con las pagas extras.

En todo caso, la regla general, - de calcular la indemnización por despido sobre el salario real del último mes trabajado en la empresa prorrateado con las pagas extraordinarias - ha de ser revisada en el caso de que existan variaciones circunstanciales o aleatorias como:

- - la modificación constante de la jornada.
- - la presencia de conceptos salariales variables de mes a mes.
- - cuando el salario del último mes sea inferior al legal.

En estos supuestos la unidad temporal elegida será el año, calculándose la cuantía del "salario regulador" en función del promedio salarial anual (Sentencia TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 12/05/2005, Rec. 2776/2004).

A la hora de calcular el salario regulador debemos tener en cuenta igualmente:

- Conceptos excluidos e incluidos (Conceptos computables en la indemnización por despido).
- Existencia de un contrato de puesta a disposición (CIBL-4641).
- La conclusión de un contrato temporal y suscripción de un contrato indefinido (CIBL-4651).
- El reconocimiento judicial de relación laboral.

El salario regulador para la indemnización extintiva cuando el trabajador se encuentre en situación de IT, deberá calcularse sobre la base del salario efectivamente percibido antes de iniciar la suspensión del contrato por incapacidad temporal.

La doctrina jurisprudencial sobre el salario computable para la indemnización de despido establece (TS, Sala de lo Social, de 30/05/2003, Rec. 2754/2002, TS, Sala de lo Social, nº S/S, de 27/09/2004, Rec. 4911/2003 y TS, Sala de lo Social, de 11/05/2005, Rec. 5737/2003):

"el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales", figurando entre tales circunstancias especiales la oscilación de los ingresos por pérdida anómala o injustificada de una percepción salarial no ocasional o de "carácter puntual" (STS 27-9-2004).

Para el cálculo del salario regulador para el despido de un/una trabajador/a en situación de Incapacidad Temporal, el cálculo deberá realizarse sobre la base del salario efectivamente percibido antes de iniciar la suspensión del contrato por incapacidad temporal. Es decir, el salario percibido en el mes anterior a la fecha de la baja médica. (TSJ Madrid, Sala de lo Social, nº 42/2010, de 18/01/2010, Rec. 4988/2009)

Cuantía del subsidio por incapacidad temporal a la extinción del contrato

La base reguladora de la prestación por desempleo debe calcularse a partir de la base de cotización del mes anterior a la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal siguiendo los supuestos establecidos en el Art. 283 LGSS.

XXXVIII. BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN PERIODO DE VACACIONES

Algunos empleados suelen presentar en sus respectivas empresas bajas por incapacidad temporal (IT) acaecidas durante su descanso estival y reclamar un nuevo periodo de vacaciones igual al que han estado enfermos. ¿Tienen derecho a que la empresa les conceda los días de vacaciones que estuvo de baja?. La normativa no aclara esta cuestión, puesto que el Estatuto de los Trabajadores solamente establece, en su artículo 38, que la duración de las vacaciones es de 30 días naturales por año completo de prestación de servicios. Sin embargo, mediante convenio colectivo o contrato de trabajo, se puede aumentar el periodo vacacional, incluso establecer su disfrute mediante el computo de días laborables, siempre que dicho sistema de cómputo equivalga, como mínimo, a 30 días naturales. Para contestar por tanto a esta pregunta hay que acudir a la jurisprudencia y en ella cabe distinguir dos situaciones bien diferentes.

Baja acaecida durante las vacaciones. Como regla general, los tribunales consideran que la coincidencia de la incapacidad temporal con el tiempo de disfrute de las vacaciones no atribuye al trabajador derecho a un nuevo periodo de disfrute de

vacaciones que compense los días de baja médica por enfermedad o accidente sufrido en el periodo inicialmente establecido. Una sentencia de Tribunal Superior de Canarias de 1998 fue clara en esta cuestión, y las sentencias posteriores han aplicado la doctrina establecida por el desaparecido Tribunal Central del Trabajo (TCT) que dio en 1988 un tratamiento homogéneo distinguiendo entre los casos en los que el altercado ocurriera antes del periodo vacacional previamente fijado o, por el contrario, sobreviniera durante su disfrute. En este último supuesto, los tribunales aplican la doctrina civil del caso fortuito, sosteniendo que "la coincidencia de la IT por accidente o enfermedad profesional con el tiempo de vacaciones anuales preestablecido no atribuye al trabajador derecho a un nuevo señalamiento individual, ya que la superposición de esta situación con el tiempo de vacaciones constituye una manifestación del caso fortuito, regulado en el Código Civil, en el artículo 1105". Esto no impide, sin embargo, que algunos convenios colectivos establezcan que, con motivo de una situación de baja médica surgida durante el periodo de vacaciones, éstas quedan interrumpidas durante el periodo de baja médica, pudiendo solicitar el trabajador su disfrute en un periodo posterior.

La baja es anterior al periodo de vacaciones. Más complejo ha sido para los jueces resolver el conflicto cuando la baja por IT comienza antes del periodo fijado para el descanso. En estos casos, los tribunales sostienen la imposibilidad de establecer reglas generales y que es necesario resolverlos en procesos individuales. Así, una sentencia del Tribunal Constitucional de marzo de 2006, falló que, "los periodos de suspensión del contrato por enfermedad o accidente no pueden ser imputados a las vacaciones; este periodo de suspensión del contrato se reputa como servicios efectivos entendiendo que la situación de incapacidad temporal coincidente en todo o en parte con las fechas válidamente previstas de vacaciones no supone interrumpirlas, con el consiguiente derecho a disfrutarlas una vez conseguida el alta médica, salvo que en una norma, convenio colectivo o el contrato se prevea otra cosa". Otra sentencia del mismo Tribunal estableció la misma doctrina al asegurar que "carece de justificación una decisión como la adoptada por la empresa de negar

las vacaciones a un trabajador que cae de baja por enfermedad antes del inicio de su disfrute y en esa situación permanece durante todo el periodo previsto para su inicial disfrute". En este caso, concluye el Tribunal, es evidente que el trabajador no ha disfrutado de vacaciones y su derecho no puede ignorarse. Esta misma doctrina fue establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la que se estudió el caso de una trabajadora a quien le coincidieron las vacaciones con la baja por maternidad, si bien los magistrados ampliaron esta doctrina a los casos de IT.

XXXIX. IT Y VACACIONES NO DISFRUTADAS

Se puede producir un supuesto en que el trabajador cese en la empresa y cause unos días después baja por incapacidad temporal por accidente no laboral, teniendo pendientes de disfrutar unos días de vacaciones en el momento del cese, los cuales han sido abonados por la empresa, que ha ingresado, igualmente, las cotizaciones correspondientes. Las Mutuas suelen negar su responsabilidad argumentando que en el momento en que el actor sufre el accidente ya había cesado en la mentada empresa, con lo que la responsabilidad es exclusiva de las entidades gestoras de la Seguridad Social; éstas, a su vez, alegan que es la mentada Mutua la responsable del abono de la prestación al tener concertada con ella la empresa la cobertura de las contingencias comunes y profesionales. En el momento en que el actor sufrió el accidente no laboral que dio lugar a la situación de incapacidad temporal se hallaba en el periodo correspondiente a las vacaciones anuales, retribuidas y no disfrutadas, objeto de cotización por parte de la empresa. Por tanto, habrá de ser la entidad aseguradora de la contingencia la que, al recibir las cotizaciones, ha de hacer frente a las prestaciones económicas correspondientes a la situación asegurada. Y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según el cual «una vez

formalizada la cobertura, la Mutua asumirá la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes del personal al servicio de sus asociados, en los mismos términos y con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social».

XL. ACCESO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD TRAS EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

El Art. 10 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, establece que la concurrencia de situaciones de incapacidad temporal y de descanso por maternidad no influyen en la duración del descanso por maternidad, ni si la enfermedad se inició con anterioridad al parto, ni si se inició durante dicho descanso. Igualmente, el Art. 284 LGSS, regula los efectos de la prestación por desempleo ante las situaciones de maternidad y paternidad.

Procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto

1.- Los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del parto deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo.

Si la interesada se encontrara en la prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal (174 LGSS), podrá, asimismo, causar la prestación por maternidad, a partir de la fecha del parto, si reúne los requisitos exigidos para ello, interrumpiéndose el cómputo de la indicada situación de prórroga de efectos, que se reanudará, si procede, una vez extinguido el subsidio por maternidad.

En los casos señalados en los párrafos anteriores no se paralizará, sin embargo, el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado, a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente. El reconocimiento del derecho a una pensión derivada de dicha incapacidad extinguirá el subsidio por maternidad, sin perjuicio de que, para fijar los efectos económicos de la pensión, se apliquen las normas establecidas en relación con el subsidio por incapacidad temporal.

2.- Durante el descanso por maternidad no procederá, excepto en el supuesto contemplado en el párrafo siguiente, el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho periodo. Agotado éste, si la interesada necesitase asistencia sanitaria, se encontrara impedida para el trabajo y cumplierse los requisitos exigidos, se iniciará la situación de incapacidad temporal que corresponda, aplicándose, en su caso, lo preceptuado en el apartado 1 anterior.

Cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de aplicación. En tal caso, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio por maternidad. Si se trata de una trabajadora por cuenta propia, la base reguladora del subsidio por incapacidad temporal, en su caso, se reducirá en un 50 por 100.

En el supuesto previsto en el párrafo anterior, si, agotado el subsidio por maternidad, la trabajadora continúa en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que corresponda al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.

3.- En los casos de extinción del contrato de trabajo de una trabajadora que ve interrumpida su situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, por pasar a la situación de descanso por maternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si la extinción se produce una vez iniciado el descanso por maternidad, se mantendrá el percibo de la prestación hasta el término de tal situación. De igual modo, si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute de periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad el subsidio por maternidad. Si el otro progenitor ya estuviese disfrutando un periodo de descanso, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, el subsidio que le correspondiese se mantendrá en los términos en que lo estuviere percibiendo. Una vez finalizado el descanso por maternidad de la madre, si persistiera la anterior situación de incapacidad temporal, se reanudará el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente (apdo. 1, Art. 283 LGSS).
2. Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal 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.

También se causará derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla.

Si la extinción del contrato de trabajo de cualquiera de los progenitores se produce antes del inicio del descanso por maternidad, el subsidio que, en su caso, corresponda, se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos, en régimen de jornada a tiempo parcial.

4.- Lo dispuesto en los apartados precedentes será de aplicación en supuestos análogos a los que allí se contemplan, cuando se trate de las situaciones protegidas de adopción o acogimiento preadoptivo, permanente o simple.

5.- Cuando se haya interrumpido la percepción del subsidio por maternidad, ante partos prematuros o aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto (apdo. 9, Art. 8 ,RD 295/2009, de 6 de marzo) y, una vez reanudada la correspondiente prestación de servicios o la actividad, el interesado iniciase un proceso de incapacidad temporal, dicho proceso quedará interrumpido por el alta hospitalaria del menor, con la consiguiente reanudación del subsidio por maternidad.

No obstante, si, una vez extinguido el subsidio por maternidad, persiste la situación de incapacidad temporal, se reanudará el subsidio correspondiente a esta última contingencia que había sido interrumpido.

Enfermedades manifiestas durante la maternidad

Las enfermedades manifiestas durante la maternidad no suponen la apertura de un proceso de IT hasta el agotamiento del descanso por maternidad, y, si la IT es como consecuencia del parto, la beneficiaria la encadenasen solución de continuidad con las prestaciones por maternidad (desapareciendo el plazo de tres días propio de la IT derivada de enfermedad común). Es decir, la beneficiaria pasará a percibir subsidio por IT y el cómputo de su duración será independiente de los periodos de descanso por maternidad.

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de descanso por maternidad y se manifiesten enfermedades derivadas del parto y durante las mismas se extinga su contrato, la interesada seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta su extinción, pasando entonces (apdo. 1, Art. 284 LGSS) a la situación legal de desempleo y, en su caso, la prestación de IT (apdo. 2, Art. 283 LGSS).

Supuestos estudiados por la jurisprudencia

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Pamplona/Iruña, de 18 de junio de 2004 (R. 206/2004 -TSJ Navarra, nº 200/2004, de 18/06/2004, Rec. 206/2004).

Habrà de considerarse en situación asimilada al alta la de la trabajadora que ve extinguido su contrato de trabajo sin derecho a prestación por desempleo (sin encontrarse en situación de incapacidad temporal), pasa a la situación de descanso por maternidad e inicia, sin solución de continuidad, una vez agotado este, un periodo de incapacidad temporal.

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Barcelona, de 20 de octubre de 2009 (R. 4716/2008 -TSJ Cataluña, nº 7485/2009, de 20/10/2009, Rec. 4716/2008).

Habrá de considerarse en situación asimilada al alta la de la trabajadora que ve extinguido su contrato de trabajo sin derecho a prestación por desempleo (sin encontrarse en situación de incapacidad temporal), pasa a la situación de descanso por maternidad e inicia, sin solución de continuidad, una vez agotado este, un periodo de incapacidad temporal motivado por un síndrome ansioso depresivo reactivo por complicaciones derivadas del parto.

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Barcelona, de 14 de junio de 2013 (R. 4298/2012 - TSJ Cataluña, nº 4221/2013, de 14/06/2013, Rec. 4298/2012).

Baja por incapacidad temporal durante reclamación judicial por despido.
Declaración improcedencia o nulidad. Efectos en prestación.

Maternidad a tiempo parcial, incapacidad temporal y extinción del contrato.

Para la modalidad contractual de tiempo parcial la concurrencia de maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato tiene las siguientes peculiaridades:

a) supuesto de enfermedad anterior al parto e interrumpida por el disfrute de al licencia de maternidad, si durante el su disfrute el a tiempo parcial el contrato se extingue, el subsidio de la trabajadora, a partir de la extinción, se percibe en su totalidad, y, en el supuesto de que el otro progenitor estuviese disfrutando a el periodo

de descanso mantendrá el subsidio en los términos en los que los estuviera percibiendo (a tiempo parcial o completo)

Finalizado el descanso por maternidad de la madre, de persistir la anterior IT, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente (apdo. 1, Art. 283 LGSS).

De producirse la extinción del contrato de trabajo del padre o de la madre con anterioridad al inicio del disfrute de la licencia por maternidad, el subsidio se percibe íntegramente sin posibilidad de compartir el disfrute del descanso, en régimen de jornada a tiempo parcial.

Cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de aplicación. En tal caso, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio por maternidad. Si se trata de una trabajadora por cuenta propia, la base reguladora del subsidio por incapacidad temporal, en su caso, se reducirá en un 50 %.

XLI. ACCIDENTE SUFRIDO TRAS LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Se trata de supuesto en que el trabajador sufre un accidente no laboral (tráfico) una vez extinguido el contrato de trabajo y comunicado dentro de los seis días

reglamentarios. La empresa da de baja al trabajador el mismo día de la incapacidad temporal pero con efectos retroactivos. El actor presentó demanda en reclamación de las prestaciones correspondientes por no haber percibido ninguna y dictada sentencia estimatoria recurre en suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) desestima el recurso, y en la sentencia de 27 de noviembre de 2003 afirma que el trabajador en alta al sufrir la incapacidad temporal tiene derecho a las prestaciones subsistiendo la responsabilidad de la empresa y de las entidades gestoras, pues tal derecho prima sobre los efectos que, referidos a la cotización, establece el Reglamento de Inscripción de empresas y altas y bajas de los trabajadores dadas por las empresas dentro del plazo de los seis días en él establecido, respecto a las variaciones, sin perjuicio de los derechos recíprocos de los afectados sobre la realidad de los hechos que se aleguen para justificar la retroactividad de las bajas declaradas.

XLII. INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN

1. INTRODUCCIÓN

La prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencia común se configura como un pago delegado a costa del empresario, no reembolsable, de la Entidad Gestora o, en su caso, de la Mutua, según determina el artículo 131.1, párrafo segundo, del TRLGSS, cuando dispone que «el subsidio por incapacidad temporal se abonará a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente no laboral, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive». Los tres primeros días se rigen, salvo mejora, por el principio de que la incapacidad temporal es

una causa de suspensión del contrato de trabajo, y las partes quedan exoneradas de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores).

La obligación de pago descrita es una carga expresa impuesta por Ley al empresario como colaboración obligatoria: pagar unos días, del cuarto al decimoquinto, de la prestación económica por incapacidad temporal. El sujeto de la obligación no le hace perder a ésta ni su naturaleza de prestación de la Seguridad Social —por tanto, no es salario— ni su carácter obligatorio, que se agrega a una realidad anterior en la que no interviene el empresario: la constatación administrativa de la situación de incapacidad temporal.

Por su parte, el pago delegado debe de ser contemplado, en cualquier caso, como anticipo de prestaciones abonadas por las empresas y no formando parte de la carga tributaria de Seguridad Social. Esta distinción es fundamental para sostener la competencia de la vía jurisdiccional social que conoce de las controversias sobre estas prestaciones de pago delegado (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1989, Ar. 1989\7181, y 27 de junio de 1990, Ar. 1990\5527).

El empresario puede concertar la cobertura de las prestaciones económicas de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes con el Instituto Nacional de la Seguridad Social o con una Mutua. Efectivamente, en el número 1 de la disposición adicional undécima del TRLGSS, redactada por la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se establece la posibilidad de que el empresario pueda optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de su personal sea cubierta por la misma Mutua que cubra las contingencias profesionales.

Este precepto se desarrolla y complementa en el artículo 69.1 del Real Decreto 1993/1995, de 12 de diciembre, que aprueba el Reglamento de colaboración de las Mutuas, estableciendo el artículo 71 la obligación de éstas de asumir la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, a favor de los trabajadores empleados por sus empresarios asociados que hayan ejercitado esta opción con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social, con sujeción a las normas reguladoras de dicha prestación en el régimen de la Seguridad Social en que estén encuadrados y con las particularidades reconocidas en el propio Reglamento.

2. COLABORACIÓN VOLUNTARIA Y RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

Son dos los supuestos en que el obligado principal al pago de la prestación de incapacidad temporal es el empresario: el auto aseguramiento y los días cuarto a decimoquinto de la situación de incapacidad temporal, después de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/1992, de 22 de julio, y la Ley 28/1992, de 24 de noviembre. Tanto en este caso como en el de colaboración voluntaria el Instituto Nacional de la Seguridad Social no está obligado al pago de manera principal, lo está en ambos casos la empresa, aunque sea por causa distinta en uno y otro caso. El Tribunal Supremo se pronunció en estos casos (sentencias de 14 de junio de 2002 y 15 de mayo y 17 de septiembre de 2001) a favor de la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora, que está obligada a adelantar el importe de la prestación, sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa incumplidora, afirmándose que no habiendo variado esencialmente la naturaleza y objeto de la prestación, que incluso sigue conservando este nombre y carácter, y, a falta de disposición legal en sentido contrario, debe permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación litigiosa en el régimen público de Seguridad Social para los supuestos

de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago, y ello sin perjuicio del derecho de la Entidad Gestora a reintegrarse posteriormente del empresario incumplidor, en ejercicio de las facultades que le confiere tal cualidad de Entidad Gestora de la Seguridad Social. En definitiva, se dice en las dos últimas sentencias mencionadas, el trabajador ha causado derecho a la prestación de incapacidad temporal y la responsabilidad de su pago debe imponerse ex lege al sujeto obligado, que es el empleador actual (artículo 126.1 del TRLGSS), pero ello no impide —a falta de norma expresa en sentido contrario— la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora, sin perjuicio de que ésta se subrogue en los derechos del beneficiario (artículo 126.3 del TRLGSS).

La responsabilidad de la empleadora en estos casos de aseguramiento subsiste en el supuesto de extinción de la relación laboral, cuando la situación de incapacidad temporal se ha iniciado durante su vigencia y se prolonga más allá de su conclusión. Y ello porque, como dice el Tribunal Supremo en las sentencias antes mencionadas, pese a la colaboración voluntaria de las empresas la mecánica de la relación jurídica de seguridad social se mantiene en su esencia y fundamento, aunque varíe el sujeto que asume la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal y hace efectivo su pago directo. Las peculiares condiciones en que debe ser prestada la función colaboradora de la empresa no pueden equipararse a una actuación de aseguramiento que sitúe la contingencia extramuros del sistema de Seguridad Social que permita a la Entidad Gestora desentenderse de sus obligaciones de protección. El que se acepte esta forma de colaboración de empresas con las entidades gestoras no puede suponer una merma en la protección a que tienen derecho los beneficiarios y, en la medida en que la empresa asume el pago a su cargo de la prestación con la consiguiente reducción de la cuota correspondiente, la responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante, sin que pueda liberarse de esta obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, porque esa extinción no extingue el derecho de subsidio ni altera el sujeto responsable del pago de éste. Además, sería de todo punto contrario a la lógica del

aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al Instituto Nacional de la Seguridad Social la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

En el caso del auto aseguramiento es preciso señalar, asimismo, que el riesgo es inasegurable por un tercero dado que la colaboración voluntaria es siempre sobre los propios trabajadores, estando prohibido por el artículo 4.3 del TRLGSS que en ningún caso la ordenación de la Seguridad Social pueda servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil, lo que actualmente ha sido corroborado por la Orden de 20 de abril de 1998, que establece tal imposibilidad, sin perjuicio de que entre la empresa y la compañía aseguradora pueda plantearse judicialmente la validez de dicho aseguramiento y las responsabilidades de cada una de ellas.

3. FALTA DE ALTA Y DESCUBIERTOS

También existirá una responsabilidad directa de la empresa en el caso de no alta del trabajador. Siguiendo al Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 14 de junio de 2000 (RJ 2000\5116) puede resumirse la doctrina unificada en los siguientes términos:

— En el supuesto de falta de alta del trabajador no existe obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora, porque el artículo 95.1.2.^a de la Ley de Seguridad Social de 1966 exige, ineludiblemente, el alta del trabajador para que nazca tal obligación; de modo que, en ausencia de alta, la prestación, por mandato del artículo 95.1.3.^a de la LGSS, será abonada por el empresario directamente al trabajador y a su cargo.

— Por el contrario, sí opera el mecanismo de la automaticidad en el pago en los casos de descubierto o retraso en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social por parte de la empresa, sin perjuicio del correspondiente reintegro.

4. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Un tema más complejo es el relativo a la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto al pago de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes. Se han producido sentencias aparentemente contradictorias en el Tribunal Supremo en un corto periodo de tiempo. Sin embargo, tal contradicción no existe en realidad, si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo parte en unos casos de la insolvencia de la empresa y en otros de la insolvencia de la Mutua. En el primer caso, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004 (rec. 4535/2002) se plantea la cuestión de si la Entidad Gestora ha de responder o no solidariamente del pago de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando el empleador del trabajador beneficiario ha sido declarado responsable directo del pago de esta prestación, y la Mutua en la que el empleador había asegurado el riesgo de esta contingencia ordinaria ha anticipado el pago al resultar insolvente la empresa. Enseña el Tribunal Supremo que en el supuesto de accidente de trabajo y enfermedad profesional la falta de cotización rupturista o expresiva de una voluntad de incumplimiento acarrea la responsabilidad del empresario sin perjuicio de los deberes de anticipo de la Mutua y de la garantía subsidiaria y final del INSS, en concepto del extinguido Fondo de Garantía de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional. Sin embargo, en materia de prestaciones económicas derivadas de enfermedad común no existen normas concretas que impongan la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto de las anticipadas por

la Mutua en caso de responsabilidad directa de la empresa. Más aún cuando, según afirma el Alto Tribunal, la Mutua es, de una parte, una entidad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, sujeta a las facultades de dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por lo que la protección queda suficientemente asegurada, y de otra percibe, por la función aseguradora asumida respecto a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, «como contraprestación (...) la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social».

Supuesto distinto, segundo caso, es aquel en que no sólo se produzca la insolvencia de la empresa directamente obligada, sino también de la Mutua. En este caso el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de junio de 2004, Rec. 13477/2004), impone al Instituto Nacional de la Seguridad Social la responsabilidad subsidiaria porque el sistema público no puede omitir la prestación y ha de suplir la imposibilidad de la empresa, porque es prioritaria la necesidad del trabajador, afiliado y en alta cuando sobrevino la situación protegida.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social se resume en señalar que en estos casos ésta es subsidiaria pero respecto de la Mutua aseguradora, no de la empresa; pues su responsabilidad deriva de su condición de último garante de aquellas prestaciones a las que todo trabajador en alta tiene derecho.

5. RESPONSABILIDAD EN CASO DE DESPIDO

Cuando se extingue la relación laboral con la empresa por despido se plantea la cuestión de cuál ha de ser la entidad o empresa que se haga cargo de la prestación en el caso de la colaboración obligatoria. En la sentencia de 22 de julio de 2004, Rec.

10247/2005) el Tribunal Supremo estudia el supuesto de un trabajador despedido y dado de baja en la Seguridad Social que con posterioridad causó baja médica por enfermedad común; se produce el acuerdo en conciliación con la calificación de improcedente y la empresa procede al pago de las cuotas de Seguridad Social correspondientes al período transcurrido entre la fecha del despido y la de reconocimiento de la improcedencia, no habiendo lugar al pago delegado por la extinción por parte de la empresa del contrato con el trabajador. El Tribunal Supremo decide excluir la responsabilidad directa del empresario porque resultaría contrario a razón exigirle en un caso en que el empresario dio de alta en Seguridad Social al trabajador en la fecha en que éste comenzó a prestar servicios, cumplió luego correctamente con su obligación de cotizar mientras estuvo vigente la relación laboral y procedió finalmente a darle de baja, por imperativo legal, el mismo día que lo despidió. Argumenta el Alto Tribunal al respecto que «los principios de proporcionalidad y de ponderación de la voluntad del agente (sentencia, por todas, de 29 de mayo de 1996 rec. 3974/96) y la inexistencia de normas específicas para el caso, obligan a resolver la cuestión aplicando por analogía la misma solución que dieron nuestras sentencias de 17-1-95 (rec. 905/94) y 24-6-96 (rec. 2793/95) ya citadas. Debe ser por tanto el Instituto Nacional de la Seguridad Social quien abone el subsidio de ILT del actor, sin perjuicio de percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación, que por cierto, en el caso ya consta que le han sido reclamados».

6. CAMBIO DE MUTUA

La discrepancia sobre la responsabilidad del abono de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se produce también en aquellos supuestos en que la empresa opta por formalizar con una nueva Mutua la cobertura de dichas contingencias que antes tenía concertadas con otra Mutua o con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo ha elaborado una

doctrina unánime sobre tal cuestión. Así, en las sentencias de 27 de febrero y 31 de mayo de 2001, 28 de octubre de 2002, 25 de junio, 30 de septiembre y 26 de noviembre de 2003 y 19 de enero de 2004 afirma que el deber de atender el pago del subsidio corresponde a la mutua que ha pasado a ser la aseguradora. Invoca para ello diversos principios de la Seguridad Social como son el sistema de reparto que implica, en términos generales, que las cotizaciones actuales están destinadas a financiar la cobertura de las contingencias que surgen en el colectivo asegurado, sin acumular recursos para el futuro; asimismo, menciona el principio de gestión eficaz y generalizada, de modo que la MATEPSS está obligada a extender su cobertura a todos los trabajadores de la empresa, y consiguientemente, a hacerse cargo de la prestación económica de todas las incapacidades temporales que existan en ese momento, cualquiera que sea la fecha de su aparición o nacimiento.

7. DURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ABONAR LA PRESTACIÓN

La Mutua aseguradora o el Instituto Nacional de la Seguridad Social debe asumir el pago de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes en los supuestos de las prórrogas de seis meses [artículo 128.1.a) del TRLGSS] y de hasta treinta meses (artículo 131 bis.2, párrafo segundo). Se plantea, sin embargo, el problema cuando, agotado el plazo máximo, la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de la incapacidad permanente no se ha producido. Se abren tres posibilidades en este caso: 1.^a) extinguir la incapacidad temporal y finalizar el pago del subsidio aunque el trabajador quede sin protección; 2.^a) mantener la prórroga de la incapacidad temporal y continuar abonando el subsidio hasta que se produzca la calificación, momento en que se extinguirá efectivamente la incapacidad temporal, con reconocimiento o no de una incapacidad permanente; y 3.^a) otorgar la protección por incapacidad permanente desde el momento de la terminación del plazo de los treinta meses, aunque no exista calificación administrativa. El Tribunal

Supremo (sentencia de 1 de diciembre de 2003) tras desechar las opciones primera y tercera, se inclina por adoptar la segunda, por ser la más acorde a las finalidades de la norma, por cuanto el plazo máximo de treinta meses se concede para que en él se proceda a la calificación de la incapacidad permanente, siendo importante poner de relieve que la regla del artículo 121 bis.3.3.º sobre el plazo máximo no va dirigida al interesado, que ningún poder tiene en el procedimiento de calificación, sino a la Entidad Gestora, que es la que tiene que realizar la calificación, que «podrá retrasarse por el periodo preciso», pero sin rebasar «en ningún caso» los treinta meses mencionados. No es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación, sin perjuicio de las responsabilidades de compensación que pudieran producirse entre la gestora y la mutua, como consecuencia del retraso y de la imputación de la causa del mismo.

XLIII. INCOMPARECENCIA INJUSTIFICADA AL RECONOCIMIENTO MÉDICO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Cuando el trabajador que hubiera sido citado a reconocimiento médico por una mutua, no acuda al mismo en la fecha fijada, aquella acordará la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, lo que comunicará inmediatamente al interesado indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificarla.

La STS 28/06/2007 (R. 2864/2006), siguiendo doctrina previa, ha reiterado que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social tienen capacidad para extinguir el derecho a una prestación económica por incapacidad temporal consecuencia de contingencias comunes cuando el beneficiario no comparece, sin causa justificada, a un reconocimiento médico indicado por aquella

entidad colaboradora, puesto que la capacidad de gestión de las Mutuas en el supuesto de incapacidad temporal consecuencia de contingencias comunes alcanza a todos los supuestos de extinción del derecho a la misma contemplados en el 174 Ley General de la Seguridad Social, ente los que se encuentra la por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

La doctrina jurisprudencial se ha visto reforzada por la publicación del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, donde se establece:

“4. Cuando el trabajador que hubiera sido citado a reconocimiento por la entidad gestora no se personara en la fecha fijada, el director provincial correspondiente dictará resolución, que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma.

Cuando el trabajador que hubiera sido citado a reconocimiento médico por una mutua, no acuda al mismo en la fecha fijada, aquella acordará la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, lo que comunicará inmediatamente al interesado indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificarla.

La entidad gestora o la mutua comunicará la suspensión acordada por vía telemática a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

5. Si el trabajador justifica su incomparecencia dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico, el director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, y procederá a rehabilitar el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida. En estos casos la entidad gestora o mutua, en el plazo de quince días siguientes a la fecha en que se dicte la resolución o acuerdo, pagará directamente al trabajador el subsidio correspondiente al período de suspensión. Asimismo, comunicará a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social la resolución o acuerdo por la que la suspensión queda sin efecto, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por parte de la empresa.

Se entenderá que la incomparecencia fue justificada cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente; cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles, o bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

6. Transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, sin que el trabajador hubiera aportado justificación suficiente de su incomparecencia, el director provincial correspondiente dictará resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Dicha resolución se notificará al interesado. La entidad gestora comunicará la extinción acordada, por vía telemática, al servicio público de salud, a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina podrá expedir el alta médica por incomparecencia en el ejercicio de las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.

7. Transcurridos diez días hábiles desde la fecha en que estaba citado a reconocimiento médico por la mutua correspondiente, sin que el trabajador hubiera aportado justificación suficiente de su incomparecencia, la mutua acordará la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Dicho acuerdo se notificará al interesado. La mutua comunicará la extinción acordada, por vía telemática, al servicio público de salud, a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social.”

XLIV. DESPIDO DISCIPLINARIO POR INCOMPARECENCIA AL TRABAJO TRAS LA DENEGACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Una vez denegada la incapacidad permanente por Resolución del órgano competente, la reincorporación al trabajo debe realizarse en el plazo que en ella se indique salvo supuestos específicos. La presentación de recurso sobre la prestación denegada no exime de la vuelta al trabajo.

Sí, la empresa podría proceder a la realización de un despido disciplinario (en base a la regulación del convenio colectivo) con motivo de faltas de asistencia injustificadas.

La doctrina de la Sala IV sobre la extinción de la incapacidad temporal y el nacimiento del deber de reincorporarse al trabajo, cuando se dicta resolución administrativa declarando que el trabajador no se encuentra afecto de incapacidad laboral permanente, se remonta a la SSTS 13/05/1987, 07/06/1988 y 20/10/1988, y sostiene que en los casos de incapacidad temporal el contrato se encuentra en suspenso hasta que recae resolución administrativa declarando la inexistencia de incapacidad permanente, incluso si se reconoce una incapacidad permanente parcial, momento en el que nace el deber del trabajador de reincorporarse al trabajo.

En la STS 22/10/1991 esta solución se justifica con los siguientes argumentos que continúan considerándose aplicables en la actualidad a estos supuestos:

«como establecen, de una parte y con carácter general, los artículos 45.1 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy Art. 38, Art. 39 Ley 39/2015, de 1 de octubre) y, de otra y en el ámbito del procedimiento de declaración de invalidez permanente, el apdo. 2. Art. 9, Real Decreto 2609/1982 de 24 de septiembre, los actos administrativos tienen una presunción de validez que hacen su cumplimiento necesario y directamente ejecutivo, por lo que, como ha destacado la doctrina científica, la declaración contenida en el acto que define una situación jurídica crea inmediatamente esa situación sin perjuicio de lo que pueda resultar de su revisión. Esta eficacia inmediata del acto es una cualidad distinta de su firmeza y no se funda en ella. Su ámbito de aplicación es el de las prestaciones de seguridad social. Tiene, sin embargo, una proyección indirecta o refleja en el contrato de trabajo, porque el la letra c) del apdo. 1, Art. 45, Estatuto de los Trabajadores, al enunciar el supuesto suspensivo que contempla, se remite a dos situaciones protegidas por la seguridad social y dentro de ésta ha de atribuirse el mismo alcance al acto que declara la iniciación de la situación protegida que al que establece su terminación por la concurrencia de una causa legal. El problema en materia laboral consiste en determinar si existe o no una situación de incapacidad temporal que impida la prestación de trabajo. Lo que ocurre es que el acto administrativo de la gestora, al extinguir la situación de incapacidad laboral transitoria, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había

otorgado inicialmente esa justificación. El empresario puede, por tanto, deducir las consecuencias extintivas - disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento- que derivan de esa falta de justificación y el trabajador, que ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento -cuya concurrencia o no habrá de valorarse en cada caso- manifestando su voluntad de mantener la relación, debe también, si quiere conservar la suspensión, destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo. Lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme y ello porque, aparte de lo dicho, frente a la desaparición de la justificación de la incomparecencia no basta la impugnación de una resolución administrativa en una relación externa a la laboral, sino que el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa. Lo dispuesto en la Orden de 20 de mayo de 1.952 no modifica esta conclusión, pues, sin necesidad de otras consideraciones, es claro que no estamos ante el supuesto que contempla esa Orden caracterizado por la existencia de un cese con reconocimiento de la condición de pensionista y de una posterior declaración de aptitud para el trabajo»

Aplicando la anterior doctrina al caso del supuesto, si el trabajador no puede probar que, pese al alta médica o a la resolución declarando que no estaba afecto de incapacidad permanente, continuaba en situación de incapacidad temporal por estar impedido para reanudar el trabajo, ni que durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente siguiese recibiendo asistencia médica; no sucederá ninguno de los supuestos contemplados por la jurisprudencia para justificar la incomparecencia al trabajo por lo que el despido disciplinario por no presentarse en su puesto de trabajo sería posible.

**XLV. DESPIDO NULO POR COACCIONAR AL TRABAJADOR
PARA QUE PIDA EL ALTA MÉDICA**

STS, Sala de lo Social, de 31/01/2011, Rec. 1532/2010.

Un trabajador presta servicios para una empresa iniciando proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el 25 de enero de 2011. El 17 de agosto de 2011 la empresa le comunica el despido mediante carta, en la que, tras la referencia al incumplimiento de obligaciones laborales y a la circunstancia de haber suspendido la valoración de la primera parte del año, se indica que a esos incumplimientos se suma que desde el 25 de enero de 2010 hasta la actualidad, se encuentra de baja médica por enfermedad común y, a pesar de ser conocedor del método del servicio médico, no ha colaborado con el mismo ni con el resto de departamento, en cuanto que se le ha ofrecido ayuda, siempre bajo la supervisión y control del servicio médico.

El trabajador tiene en su posesión un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo, considerando la actitud de la empresa para que vuelva a su puesto de trabajo como coacción para que pida la alta médica voluntaria.

¿El despido será nulo por existir coacción?

Sí, en principio la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este

tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada.

En la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo lo que se estudia es la consideración como discriminatorios a efectos del Art. 14, CE de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. La enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del inciso final del Art. 14, CE, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, según el Alto Tribunal, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores.

El análisis jurisprudencial nos lleva a observar la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los arts. 4.2.c.2º y 17.1 del ET y de la Directiva 2000/1978 en línea con lo establecido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de junio de 2006; en otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica "no está comprendido en la categoría de los "derechos fundamentales y libertades públicas" (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales" del ET que establecen la nulidad del despido (sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras).

Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, "al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento, lo que únicamente guarda relación incidental con el supuesto"

decidido, "en el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal [intocados por el despido, ciertamente], sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico". Pero en esas sentencias el despido continuaba siendo una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actúa el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico que se le ha impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", se precisa que "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado". Y así se concluye que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta".

Ahora bien, en principio, la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional citada.

En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2010 (R. 1532/2010), establece que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que le haya sido prescrito, y que conlleve baja laboral, constituye una conducta que pone en riesgo su salud. Por eso, como se ha citado una actuación así, se considera lesiva para el derecho a la integridad física del trabajador.

XLVI. ELIMINACIÓN DEL DERECHO AL USO DEL VEHÍCULO DE EMPRESA EN VACACIONES Y PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

STS, de 04/04/2007, Rec. 5/2006, TS, Sala de lo Social, de 21/11/2006, Rec. 3936/2005 y TSJ La Rioja, Sala de lo Social, nº 249/2012, de 19/06/2012, Rec. 236/2012.

Incapacidad temporal. Condición más beneficiosa

La empresa Hermanos AJ, SL, comunicó a sus trabajadores la decisión de eliminar el derecho que venía disfrutando desde el inicio de su relación laboral en 2012 del uso del vehículo de empresa en vacaciones y en procesos de incapacidad temporal.

El trabajador, que viene disfrutando desde el inicio de su relación laboral del uso del coche de empresa tanto para fines profesionales como personales, considera que este uso corresponde a una “condición más beneficiosa” que la empresa no puede quitarle unilateralmente, por lo que decide reclamar ante el juzgado de lo social.

¿Qué se entiende en el derecho laboral por “condición más beneficiosa”? Existe en este supuesto o la empresa puede regular unilateralmente el uso del vehículo que se le adjudica al trabajador para uso profesional.

La condición más beneficiosa es un beneficio que el empresario concede al trabajador por encima de las obligaciones establecidas en los convenios colectivos o Estatuto de los Trabajadores. La incorporación de estos conceptos al vínculo contractual supone una consolidación del derecho a percibirlos por el trabajador no sujeta a la voluntad del empresario que no puede ser suprimida sin alegar o probar alguna razón.

En el supuesto existe una condición más beneficiosa que no puede ser suprimida por la empresa sin alegar o probar razón alguna.

El contrato de trabajo, conforme al apartado c) del nº 1 del Art. 3, Estatuto de los Trabajadores, puede introducir condiciones más favorables que las establecidas "en las disposiciones legales y convenios colectivos".

De forma más específica, la condición más beneficiosa se vincula, en el mismo sentido vertical, con las condiciones de este carácter que pueden surgir de una conducta unilateral del empresario, planteándose entonces el problema de en qué medida esa conducta expresa realmente una voluntad de reconocimiento del beneficio a efectos de su incorporación al vínculo contractual y de su resistencia ante actos posteriores de desconocimiento.

Esto enlaza con el segundo uso del término en sentido horizontal dentro del marco de la sucesión normativa: la condición más beneficiosa como una regulación

que por este carácter puede subsistir frente a otra -más restrictiva- que la sucede en el tiempo. Resumiendo la doctrina sobre la condición más beneficiosa, la STS 04/042007 (R. 5/2006) señala, con cita de las sentencias de 29/03/2000 (R. 3590/1999) y 21/11/2006 (R. 3936/2005), que «para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» y se pruebe, en fin, «la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo». Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (sentencia de 11 de septiembre de 1992). Por ello, la condición más beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior "legal o pactada colectivamente", más favorable que modifique el "status" anterior en materia homogénea.

En el supuesto planteado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Logroño, Sala de lo Social, de 19/06/2012 (R. 236/2012), estudia la determinación de si puede o no apreciarse la existencia de una condición más beneficiosa, partiendo de la acreditación de que el trabajador, desde el inicio de su relación laboral, ha venido disfrutando del uso del vehículo de empresa; que dicha utilización lo ha sido de forma indistinta para fines profesionales y personales; habiendo disfrutado del uso de ese vehículo tanto en fines de semana, como en vacaciones, como en procesos de incapacidad temporal; y que la empresa conocía esas circunstancias.

Conforme a lo expuesto, el TSJ considera evidente que el uso del vehículo asignado al trabajador, en las condiciones recogidas como acreditadas, conforma un beneficio que se ha consolidado en virtud de una voluntad empresarial consistente en atribuir a la demandante la mencionada ventaja. Y no admite que la empresa desconocía tal circunstancia, al no haber sido entregado a la empresa ni en un solo fin de semana, ni en ninguno de los periodos vacacionales, ni en algún periodo de IT, ni hay constancia de que la empresa reclamara su entrega en esos periodos, o mostrara su oposición a esa forma de uso, pública y de notoriedad demostrada.

XLVII. RÉGIMENES ESPECIALES

1. REQUISITOS GENERALES EXIGIDOS

Los requisitos generales exigidos para causar derecho a la prestación en los Regímenes Especiales son, en cada caso, los siguientes:

- Estar en alta o en situación asimilada al alta en el Régimen correspondiente.
- Estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos los trabajadores, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.
 - A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto,

cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

- Cuando al interesado se le haya considerado al corriente en el pago de las cotizaciones a efectos del reconocimiento de una prestación, en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas, pero posteriormente incumpla los plazos o condiciones de dicho aplazamiento, perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad. A tal fin, la Entidad Gestora de la prestación podrá detraer de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada.

2. INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO EN EL RÉGIMEN GENERAL

Los trabajadores por cuenta ajena agrarios incluidos en el REA, así como los empresarios a los que prestan sus servicios, quedan integrados, con efectos de 01-01-12, en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema especial para dichos trabajadores, teniendo derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General.

a. PRESTACIONES PARA LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA AJENA

Los trabajadores por cuenta ajena agrarios incluidos en el REA, así como los empresarios a los que prestan sus servicios, quedan integrados, con efectos de 01-01-12, en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema especial para dichos trabajadores, teniendo derecho a las prestaciones de la seguridad social en los mismos términos y condiciones que en el régimen general, con las particularidades establecidas reglamentariamente (Art. 6 Ley 28/2011, de 22 de septiembre).

Particularidades de la acción protectora de los trabajadores por cuenta ajena agrarios.

Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las peculiaridades que se señalan a continuación:

1. Durante los períodos de actividad, tendrán derecho a todas las prestaciones establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social. No obstante, durante los períodos de inactividad, la acción protectora comprenderá exclusivamente las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación -- Queda, por tanto, excluida en dicha situación de inactividad, la protección por incapacidad temporal, por riesgo durante el embarazo, riesgo

durante la lactancia natural, así como la correspondiente a las contingencias profesionales.-.

2. Para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas será necesario que los trabajadores se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables.
3. Durante los períodos de inactividad, la acción protectora del Sistema Especial comprenderá las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, así como jubilación.
4. Para el acceso a las modalidades de jubilación anticipada previstas legalmente y a efectos de acreditar el requisito del período mínimo de cotización efectiva establecido para ellas en tal artículo, será necesario que, en los últimos diez años cotizados, al menos seis correspondan a períodos de actividad efectiva en este Sistema Especial. A estos efectos, se computarán también los períodos de percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo en este Sistema Especial.
5. Durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y en los términos reglamentariamente establecidos, la cuantía de la base reguladora del subsidio no podrá ser superior al promedio mensual de la base de cotización correspondiente a los días efectivamente trabajados durante los últimos 12 meses anteriores a la baja médica.
6. La prestación económica por incapacidad temporal causada por los trabajadores incluidos en el Sistema Especial será abonada directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado de la misma, a excepción de los supuestos en que aquéllos estén percibiendo la prestación contributiva por desempleo y pasen a la situación de incapacidad temporal, a que

se refiere el apdo. 2, Art. 283, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

7. Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los trabajadores agrarios por cuenta ajena respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los apdo. 4, Art. 197, LGSS y apdo. 1 Art. 209 LGSS.

Descubiertos en el pago de las cotizaciones. Prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad

Prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad cuando existen descubiertos en el pago de las cotizaciones había sido tratada por distintas sentencias en base al Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social -Vigente hasta el 1 de enero de 2012- (19-05-2004 (Rud. 1370/2003), 09-06-2006 (Rud. 4782/2004) y 02-10-2007 (Rud. 3568/2006) entre otras muchas)), de acuerdo con dicha doctrina para la prestación de incapacidad temporal había, hasta el 01/01/2012, que aplicar lo que disponía el derogado art. 12 del Decreto 2123/1971, de 23 de Julio, que aprobó el Texto Refundido de las Leyes reguladoras del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y en el art. 46.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de Diciembre, de tal modo que no podrán obtener el derecho a percibir tales prestaciones "los trabajadores inscritos en el censo (del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social) que no se encuentren al día en el pago de las cuotas"; sin que esta conclusión pueda resultar alterada por el pago de cuotas realizado fuera de plazo, por cuanto que de lo que se expresa en los arts. 12 y 16 del citado Texto Refundido y en los arts. 46.2 y 48 del Decreto 3772/1972, se deduce que tal clase de pago no subsana ni

elimina el defecto o vicio indicado, pues entre los efectos que tales preceptos atribuyen al ingreso fuera de plazo de las cotizaciones adeudadas no se comprende tal subsanación.

Desde el 1 de enero de 2012, el Art. 6 LEY 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del régimen especial agrario de la seguridad social en el régimen general de la seguridad social -Particularidades de la acción protectora de los trabajadores por cuenta ajena agrarios-, ha establecido para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas la obligación de que los trabajadores se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables.

Previsiones legales que son aplicables a todos los supuestos de descubiertos de cuotas en el momento del hecho causante, incluso cuando se hayan abonado luego o cuando el descubierto se limite a un solo mes; salvo que concurren circunstancias excepcionales, como que la omisión se haya debido a error bancario y no a la conducta del asegurado, que aquí no concurren. Interpretación que se apoya en el dato normativo de que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las pensiones, la ley no ha previsto para la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta ajena "plazo" para ponerse al corriente de cuotas atrasadas o "excepción" de tal requisito. STS 10/07/2008 (R. 4225/2007). Sentencia nº TS, Sala de lo Social, de 10/07/2008, Rec. 4225/2007.

Para tener derecho a la prestación de IT en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social ha de haber prestación efectiva de servicios en la fecha del hecho incapacitante.

Condiciones de la protección por desempleo de los trabajadores comprendidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

1. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios tendrán derecho a la protección por desempleo conforme a las siguientes reglas:

- La protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios fijos y fijos discontinuos se aplicará conforme a lo establecido de forma genérica en la Ley General de la Seguridad Social y en la DA3 Ley 28/2011, de 22 de septiembre.
- La protección por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena agrarios eventuales se aplicará conforme a lo establecido en el Art. 4 ,Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y en la DA3 Ley 28/2011, de 22 de septiembre.
- La cotización a la Seguridad Social durante la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo o del subsidio por desempleo de nivel asistencial se abonará por la entidad gestora directamente a la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos que se establecen en las reglas siguientes de este apartado.
- Durante la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar será la establecida, con carácter general, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado tanto en los supuestos de extinción de la relación laboral como en los de suspensión de ésta y

de reducción de jornada, calculada en función de las bases correspondientes a los períodos de actividad.

El tipo de cotización será el correspondiente a los períodos de inactividad y se cotizará exclusivamente por la contingencia de jubilación en los casos en los que así venga establecido en el Art. 280 LGSS y, aplicando a la cuota el coeficiente reductor que se determine por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Durante la percepción de los subsidios por desempleo en los que le corresponda cotizar por jubilación, la entidad gestora tendrá a su cargo la parte de cotización que se establezca, por los días que se perciban de subsidio, conforme a la base y el tipo indicados en el párrafo anterior, correspondiendo el resto de la cotización al trabajador, que será descontado de la cuantía del subsidio y se abonará a la Tesorería General de la Seguridad Social, en su totalidad, por la entidad gestora.

2. Los trabajadores por cuenta ajena eventuales agrarios, incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, tendrán derecho, bien al subsidio por desempleo regulado por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, por el que se regula el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y por el Art. 3 Ley 45/2002, de 12 de diciembre, o bien a la renta agraria regulada por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, cuando en el momento de producirse su situación de desempleo acrediten su condición de trabajadores eventuales agrarios y reúnan los requisitos exigidos en dichas normas, con las particularidades que se señalan a continuación:

- Las referencias al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y al censo de dicho régimen se entenderán hechas al Régimen General de la Seguridad Social y a la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.
- Las referencias a las jornadas reales cotizadas se entenderán hechas al número efectivo de jornadas reales trabajadas mientras el trabajador permanece incluido en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. Para computar dichas jornadas, si se mantiene el alta y la cotización en su modalidad mensual, en un mes completo se computarán 23 jornadas reales trabajadas y por periodos en alta y cotizados inferiores al mes se aplicará esa equivalencia para determinar las jornadas reales trabajadas que correspondan.
- La entidad gestora abonará directamente a la Tesorería General de la Seguridad Social la cotización al Régimen General de la Seguridad Social dentro del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios durante el período de percepción del subsidio agrario o de la renta agraria, aplicando al tope mínimo de cotización vigente en cada momento el tipo de cotización que corresponda a los periodos de inactividad.

3. El reconocimiento y la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo, o de la renta agraria, en los términos de esta disposición adicional, implicará la permanencia de sus beneficiarios en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, durante los períodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar.

- Prestación por desempleo para trabajadores eventuales en el Régimen Especial Agrario.
- Prestación por cese de actividad para trabajadores agrarios.

Períodos de cotización asimilados por parto.

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda (235 LGSS).

Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en el Régimen Especial Agrario

Los requisitos generales para causar derecho a la prestación, en este régimen especial, son los siguientes (Art. 190 LGSS):

- Estar en alta en el régimen correspondiente.
- Estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos los trabajadores, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el apdo. 2, Art. 28 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cualquiera que sea el

régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

b. PRESTACIONES PARA LOS TRABAJADORES AGRARIOS POR CUENTA PROPIA

Prestaciones en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA)

Cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal.

La opción a favor de dicha cobertura y, en su caso, la renuncia a ella se realizará en la forma, plazos y con los efectos establecidos en el apdo. 3, Art. 47, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social, con las siguientes peculiaridades:

1. Cuando los trabajadores que soliciten su inclusión en este Sistema Especial ya estuvieran de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, teniendo cubierta obligatoriamente la prestación económica por incapacidad temporal, podrán renunciar a dicha cobertura en la respectiva solicitud, con efectos desde el día primero del mes siguiente al de su presentación. Si en la fecha de efectos de la renuncia los trabajadores se encontrasen en situación de incapacidad temporal, dichos efectos se demorarán al día primero del mes siguiente a aquel en que se produzca su alta médica.

2. Cuando los trabajadores que no se hubieran acogido a la prestación por incapacidad temporal queden excluidos de este Sistema Especial, permaneciendo en alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por la misma o distinta actividad, la cobertura de dicha prestación será obligatoria desde la fecha de efectos de la exclusión en el Sistema, salvo que se tuviera derecho a ella en virtud de la actividad realizada en otro régimen de la Seguridad Social (en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el apdo. 3, Art. 47 RD 84/1996, de 26 de enero).

Cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales

En este Sistema Especial resultará obligatoria respecto a las contingencias de invalidez y muerte y supervivencia, sin perjuicio de la posibilidad de proteger voluntariamente la totalidad de dichas contingencias en los términos señalados en el párrafo siguiente.

Los trabajadores comprendidos en este Sistema Especial que hayan optado por incluir la prestación económica por incapacidad temporal dentro del ámbito de su acción protectora podrán optar también por incorporar en ella la cobertura de la totalidad de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (apdo. 4, Art. 47 RD 84/1996, de 26 de enero).

Si el trabajador comprendido en este Sistema Especial realizase otra actividad que diera lugar a su inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y que determinara la protección obligatoria de las contingencias profesionales, estará obligado a la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal así como de las referidas contingencias (Art. 47.4, RD 84/1996, de 26 de enero).

Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave en el Régimen Especial Agrario

Los requisitos generales para causar derecho a la prestación, en este régimen especial, son los siguientes (Art. 190 LGSS):

- Estar en alta en el régimen correspondiente.
- Estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos los trabajadores, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el apdo. 2, Art. 28 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

Trabajadores por cuenta propia: Las prestaciones causadas, a partir del 01-01-2008, por estos trabajadores se regirán por lo dispuesto en el RETA, de acuerdo con lo establecido en la Ley 18/2007, de 4 de julio, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

3. INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL

Con efectos de 01-01-2012, el Régimen Especial de los Empleados de Hogar queda integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores, quienes tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General.

Protección por contingencias comunes/ profesionales

La disposición final tercera, nueve, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, añadió en su momento una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera, a l Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, mediante la cual se extendía, con efectos de 1 de enero de 2011, la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

Hasta la publicación del Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (BOE 02-12-2011), en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, las contingencias protegidas en este régimen eran exclusivamente las establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes, con independencia de que la enfermedad o el accidente del empleado de hogar tuvieran, respectivamente, carácter profesional o laboral, o no lo tuvieran.

Debido, por tanto, a que el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar tenía reconocido menor número de contingencias dentro del sistema de Seguridad Social, era necesario hacer efectiva la ampliación de las contingencias protegidas, incluyendo las de carácter profesional, con el objeto de equiparar las condiciones de protección de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del citado régimen con los pertenecientes a los demás regímenes.

La referida disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social establece también que por las contingencias profesionales se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, están previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, determinando asimismo la consiguiente obligación de cotizar por las repetidas contingencias y remitiendo a la norma correspondiente la especificación del tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas por esas contingencias profesionales que haya de aplicarse a estos trabajadores.

En consecuencia, de lo anterior se produjo la adaptación de los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobados, respectivamente, por los Reales Decretos 84/1996, de 26 de enero, y 2064/1995, de 22 de diciembre, como al oportuno desarrollo reglamentario en materia de prestaciones.

1. La prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, se regirá por lo previsto en el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, y el Art. 251, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, y, en lo no regulado en él, por lo establecido en el Régimen General.

2. Desde el 1 de enero de 2012, el subsidio por incapacidad temporal en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se percibe desde el cuarto día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde ese día hasta el octavo de la citada baja, ambos inclusive. A partir del noveno día la baja por este motivo será abonada por la Seguridad Social (esto supone una gran mejora ya que en la regulación anterior la prestación se percibía desde el día 29º de la baja).

Cuando la incapacidad temporal derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se percibirá desde el día siguiente al de la baja.

3. En los trabajadores a tiempo parcial, Desde el año 2012 y hasta el año 2018, las horas efectivamente trabajadas en el Sistema Especial se determinarán en función de las bases de cotización que correspondan, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General (Art. 247 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)

Cuantía del subsidio

El importe del subsidio será el 60 por ciento de la base reguladora desde el día 4 al 20 ambos inclusive y el 75 por ciento a partir del día 21 hasta la fecha del alta.

Base reguladora

La base reguladora de la prestación estará constituida por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida entre 30. Dicha base se mantendrá durante todo el proceso de incapacidad temporal, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que se produzca un cambio en la base única de cotización, en cuyo caso se tendrá en cuenta esta última.

2- Maternidad/Paternidad

Mismas condiciones que en el Régimen General.

STSJ Castilla y León 25/02/2013 (R. 788/2012 - TSJ Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, nº 100/2013, de 25/02/2013, Rec. 788/2012). Fraude en la contratación de Empleada de hogar para la obtención de prestación de maternidad. Conducta fraudulenta relativa a la acreditación de las circunstancias que deben concurrir para el acceso a una prestación de seguridad social

3- Subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural.

Los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural se regirán por lo dispuesto en 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.

4- Prestaciones por incapacidad permanente, indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes y prestaciones por muerte y supervivencia.

La base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, derivadas de contingencias profesionales, será equivalente a la base de cotización del empleado de hogar en la fecha del hecho causante de la prestación.

Respecto de las prestaciones de incapacidad permanente e indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de

medidas fiscales, administrativas y de orden social, y en sus normas de aplicación y desarrollo.

4. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS

La prestación se reconoce en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la Seguridad Social, con las particularidades siguientes:

Opción y formalización de la cobertura:

- La cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes tendrá carácter obligatorio, sin perjuicio de lo indicado en los párrafos siguientes, y se deberá formalizar con una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, que estará obligada a aceptar toda propuesta de adhesión que se le formule a tal efecto.

Los trabajadores autónomos (salvo los TRADE o los que desempeñen actividades en que la cobertura de las contingencias profesionales resulte obligatoria por su mayor riesgo de siniestralidad) que tengan cubierta la prestación por IT en otro régimen del sistema de la Seguridad Social en el que también se encuentren en alta podrán, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, acogerse voluntariamente a la cobertura de dicha prestación en el RETA así como, en su caso, renunciar a ella.

- Para los trabajadores incluidos en el Sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta propia, la cobertura de la IT será voluntaria, con las siguientes particularidades:
 - Si al solicitar su inclusión en este sistema especial ya estuvieran de alta en el RETA, teniendo cubierta obligatoriamente la prestación por IT, pueden renunciar a dicha cobertura en la respectiva solicitud, con efectos del día 1º del mes siguiente al de su presentación.
 - Cuando los trabajadores, que no se hubieran acogido a la cobertura por IT, queden excluidos de este sistema especial, permaneciendo en alta en el RETA por la misma o distinta actividad, la cobertura de la prestación será obligatoria desde la fecha de efectos de la exclusión, salvo que se tuviera derecho a ella en virtud de la actividad realizada en otro régimen de la Seguridad Social.
- La opción en favor de dicha cobertura, que habrá de formalizarse con una Mutua, podrá realizarse en el momento de causar alta en este régimen especial y sus efectos coincidirán con los de dicha alta. Si no se ejercita esta opción, los trabajadores podrán optar por acogerse a dicha protección mediante solicitud por escrito que deberá formularse antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.

Los derechos y obligaciones derivados de la opción en favor de la cobertura de la prestación por IT serán exigibles durante el período de un año natural, que se prorrogará por períodos de igual duración.

- La renuncia a la cobertura de la prestación podrá realizarse, mediante solicitud por escrito, en los siguientes supuestos:

1. Con carácter general, antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.
2. Cuando la situación de pluriactividad se produzca con posterioridad al alta en el RETA, dentro de los 30 días siguientes al del alta por la nueva actividad, con efectos desde el día 1º del mes siguiente al de la renuncia. En otro caso, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior.
3. Cuando los trabajadores dejen de reunir los requisitos para ostentar la condición de económicamente dependientes o de desempeñar una actividad con alto riesgo de siniestralidad, permaneciendo en alta en el RETA, con efectos desde el primer día del mes siguiente a aquél en que se haya extinguido el respectivo contrato o en que haya finalizado la referida actividad, siempre que la variación de datos correspondiente se comunique dentro de plazo; en otro caso, la cobertura se mantendrá hasta el último día del mes en que produzca efectos la referida variación.

La renuncia realizada en los supuestos anteriores no impedirá ejercer nuevamente la opción por esta cobertura, siempre que haya transcurrido, como mínimo, un año natural desde que tuvo efectos la renuncia anterior.

- En los supuestos de cambio de Mutua colaboradora con la Seguridad Social, los efectos de la opción por esta cobertura o de la renuncia a ella tendrán lugar desde el día 1º del mes de enero del año siguiente al de la formulación de la correspondiente opción o al de presentación de la renuncia.
- Cuando en la fecha de efectos de la opción y de la renuncia a que se refieren las reglas anteriores, o bien del cambio de Mutua colaboradora con la Seguridad

Social a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador se encuentre en situación de IT, tales efectos se demorarán al día primero del mes siguiente a aquel en que se produzca el alta médica.

- La cobertura de la prestación por IT, se encuentren acogidos o no los trabajadores a ella, pasará a ser obligatoria:
 - Cuando finalice la situación de pluriactividad con mantenimiento del alta en el RETA, con efectos desde el día 1º del mes en que cese la pluriactividad.
 - Cuando los trabajadores pasen a ostentar la condición de TRADE o a desempeñar una actividad profesional con elevado riesgo de siniestralidad, con efectos desde el día 1º del mes en que se reúna tal condición o se haya iniciado la referida actividad profesional.

Contingencias profesionales:

- La protección tendrá carácter voluntario, excepto para los TRADE y para aquellos que estén obligados a formalizar su cobertura por desempeñar una actividad profesional con un elevado riesgo de siniestralidad.

La formalización de esta cobertura se llevará a cabo con la misma Mutua o Entidad gestora con la que se haya formalizado o se formalice la cobertura de la IT.

- La opción por la protección frente a estas contingencias, la renuncia a ella y, en su caso, su conversión en obligatoria se realizarán en la forma, plazos,

condiciones y con los efectos establecidos sobre la opción y renuncia de la protección por IT.

- En los supuestos en que se opte por la protección de la prestación por IT se podrá optar simultáneamente por la de las contingencias profesionales, cuyos efectos coincidirán. De no haberse ejercido simultáneamente ambas opciones, la protección de las contingencias profesionales se podrá solicitar antes del 1 de octubre de cada año, con efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.

En estos casos, la renuncia a la cobertura de la prestación por IT supondrá, en todo caso, la renuncia a la de las contingencias profesionales, sin que la renuncia a ésta implique la renuncia a la protección por IT, salvo que así se solicite expresamente.

- En el caso de trabajadores que realicen varias actividades que den lugar a una única inclusión en el RETA, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se practicará por aquella de sus actividades a la que resulte aplicable el tipo de cotización más alto entre los recogidos en la tarifa de primas vigente.

Declaración de situación de la actividad:

Además de acreditar los requisitos generales exigidos, el trabajador autónomo (a excepción de los incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios y de los TRADE) deberá presentar ante el INSS o la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social con la que haya concertado la contingencia de IT, declaración en el modelo oficial sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil,

industrial o de otra naturaleza del que sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada.

Plazo de presentación:

- Dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la baja.
- Mientras dure la situación de IT, el trabajador vendrá obligado a presentar dicha declaración con periodicidad semestral, a contar desde la fecha en que se inicie la situación, si fuera requerido para ello.

La falta de presentación de la declaración, en el plazo máximo indicado, producirá la suspensión en el inicio del pago de la prestación, pudiendo iniciarse de oficio las actuaciones pertinentes para verificar la situación en la que queda el establecimiento del que es titular el beneficiario de la prestación.

Si como consecuencia de las actuaciones administrativas, se dedujese el carácter indebido de la prestación que, en su caso, se hubiese comenzado a percibir, se procederá a realizar las actuaciones precisas para el reintegro de la misma.

Lo establecido en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de que, por la no presentación en plazo de la declaración, así como, en su caso, por haber percibido indebidamente la prestación, pudieran iniciarse los correspondientes expedientes sancionadores en aquellos casos en que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, oportunamente valoradas por la Entidad gestora, así se determine por ésta.

Cuantía de la prestación:

La cuantía se obtiene aplicando los porcentajes correspondientes a la base reguladora (BR).

Porcentajes:

- Si deriva de enfermedad común o accidente no laboral:
 - El 60% (por ciento), que se abonará desde el día cuarto al vigésimo de la baja, ambos inclusive.
 - El 75%, que se abonará a partir del día vigésimo primero.
- Si deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se abonará el 75% de la BR desde el día siguiente al de la baja, siempre que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales.

Base reguladora:

- Estará constituida por la base de cotización del trabajador correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida entre 30. Dicha base se mantendrá durante todo el proceso, incluidas recaídas, salvo que el interesado hubiese optado por una base de cotización inferior, en cuyo caso, se tendrá en cuenta esta última.

IT de los trabajadores autónomos que cesan en la actividad

Cuantía de la prestación por cese de actividad:

La cuantía de la prestación, durante todo su período de disfrute, se determinará aplicando a la BR el 70%.

La BR será el promedio de las bases por las que se hubiere cotizado durante los 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese, computando a tal efecto el mes completo en el que se produzca esta situación.

La cuantía máxima de la prestación por cese de actividad será del 175% del IPREM, salvo cuando el trabajador autónomo tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200% o del 225% de dicho indicador.

La cuantía mínima de la prestación por cese de actividad será del 107% o del 80% IPREM, según el trabajador autónomo tenga o no hijos a su cargo.

A efectos de calcular las cuantías máxima y mínima, se entenderá que se tienen hijos a cargo, cuando éstos sean menores de 26 años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33%, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al SMI excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con el beneficiario.

A los efectos de la cuantía máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se tendrá en cuenta el IPREM mensual, incrementado en una sexta parte, vigente en el momento del nacimiento del derecho.

A los colectivos con base de cotización a la Seguridad Social inferior a la base mínima ordinaria de cotización para los trabajadores por cuenta propia, o autónomos, no les será de aplicación la cuantía mínima de la prestación por cese de actividad.

Cese en la actividad estando el trabajador en situación de IT:

Cuando el hecho causante de la protección por cese en la actividad se produzca estando el trabajador en situación de IT, continuará percibiendo la prestación por IT, en la misma cuantía que la prestación por cese de actividad, hasta que la misma se extinga, en cuyo momento pasará a percibir, siempre que reúna los requisitos legalmente establecidos, la prestación económica por cese de actividad que le corresponda. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por cese de actividad, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de la situación legal de cese de actividad.

El trabajador autónomo tendrá la obligación de comunicar y acreditar la situación de cese de actividad al órgano gestor que abona la prestación de IT dentro de los 15 días siguientes al que se produce el cese de actividad.

La solicitud de la protección por cese de actividad deberá hacerse una vez extinguida la IT, acreditando la situación legal de cese de actividad ante la entidad u órgano gestor con el que se tenga cubierta las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, ISM o el SPEE si tiene cubierta dicha protección con el INSS) en los 15 días hábiles siguientes al día de extinción de la IT.

Efectos de la nueva cuantía de la IT:

El trabajador autónomo que inicia una IT estando de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), si con posterioridad causa baja en este régimen por cese de actividad, y tiene cubiertas las contingencias profesionales con el INSS, continuará percibiendo la prestación de IT en pago directo, pero el importe a percibir en este caso será del 70% de la base reguladora de la prestación por cese de actividad (promedio de las 12 bases anteriores al cese de actividad incluyendo el mes de cese), que se mantendrá durante toda la prestación y que se abonará a partir del primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad - cese en el RETA - (desde 01/01/2015 al 29/07/2015 los efectos se habían fijado a partir del segundo mes posterior a aquel en que se produjo el hecho causante - Disposición final segunda de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre).

Disposición final sexta de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

IT causada durante la prestación económica por cese en la actividad:

El período de percepción de la prestación por cese de actividad no se ampliará como consecuencia de que el trabajador autónomo pase a la situación de IT. Durante dicha situación, el órgano gestor de la prestación se hará cargo de las cotizaciones a la Seguridad Social, en los términos previstos en el artículo 4, apartado primero, letra b), hasta el agotamiento del período de duración de la prestación al que el trabajador autónomo tuviere derecho.

- En los casos en que la IT constituya recaída de un proceso anterior iniciado con anterioridad a la situación legal de cese en la actividad, percibirá la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por cese en la actividad. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador autónomo continuase en situación de IT una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por cese en la actividad, seguirá percibiendo la prestación por IT en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.
- Cuando la situación de IT no constituya recaída de un proceso anterior iniciado con anterioridad a la situación legal de cese en la actividad, percibirá la

prestación por IT en cuantía igual a la prestación por cese en la actividad. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador autónomo continuase en situación de IT una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por cese en la actividad, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual al 80% del IPREM mensual.

Esta garantía de cuantía mínima no será de aplicación a los colectivos con base de cotización a la Seguridad Social inferior a la base mínima ordinaria de cotización establecida para los trabajadores por cuenta propia, o autónomos.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores será aplicable a los trabajadores incluidos en el Sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, que reúnan los requisitos exigidos en el art. 330 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con las especialidades previstas en la disposición adicional quinta del RD 1541/2011, de 31 de octubre, en cuyo apartado 5, se establece que estos trabajadores iniciarán la cotización a partir de 01-01-12.

5. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN

La prestación se reconoce en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la Seguridad Social, con la siguiente particularidad:

- Base reguladora:

Cuando la incapacidad derive de contingencias comunes, es la base normalizada que corresponda al trabajador, en cada momento, según la categoría profesional que tuviera al iniciarse dicha situación.

6. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR

Todos los trabajadores, incluidos en el Régimen Especial del Mar tienen cubierta la incapacidad temporal, tanto si se deriva de contingencias comunes como profesionales.

La prestación se reconoce en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la Seguridad Social con las particularidades siguientes:

Para los trabajadores pertenecientes a los grupos II y III el pago del Subsidio se realizará directamente a través de las Direcciones Provinciales o Locales del Instituto Social de la Marina o Mutua correspondiente, sin que exista pago delegado por parte de las empresas aunque sí responsabilidad en cuanto al pago durante los días 4º al 15º de la baja en el trabajo.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia:

- Será requisito indispensable para el acceso al subsidio encontrarse al corriente en el pago de las cuotas en el momento de la baja médica, así como la presentación de una declaración sobre la persona que gestione la actividad o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la misma.
- No cabe la posibilidad de optar por la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con una Mutua.

Incapacidad temporal

Las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina, a través de los equipos de valoración de incapacidades constituidos en las primeras, asumirán las competencias para determinar los efectos que deben producirse en la situación de incapacidad temporal, una vez agotado el plazo de doce meses de duración de la misma, bien reconociendo la prórroga expresa de dicha situación con un límite de seis meses más, bien iniciando un expediente de incapacidad permanente o emitiendo el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. Asimismo, esta entidad gestora será la única competente para determinar si una nueva baja médica producida en los seis meses siguientes a la citada alta médica tiene o no efectos económicos, cuando el proceso se genere por la misma o similar patología, en las provincias de Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Teruel y Zamora, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla. TSJ Galicia, de 31/10/2000, Rec. 2878

Una vez agotado el plazo de duración de doce meses de la situación de incapacidad temporal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina, en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, serán los únicos competentes para reconocer:

1. La prórroga expresa de la situación citada anteriormente.
2. La iniciación de un expediente de incapacidad permanente.
3. La emisión del alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.
4. Determinar si una baja médica, producida dentro del período de seis meses posteriores a la citada alta médica, por la misma o similar patología, tiene o no efectos económicos.

Cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará

ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior, debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si esta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.

La prestación se reconoce en los idénticos términos y condiciones que las del Régimen General con las especialidades siguientes:

Para los trabajadores pertenecientes a los grupos 1 y 3 el pago del Subsidio se realizará directamente a través de las Direcciones Provinciales o Locales del Instituto Social de la Marina, sin que exista pago delegado por parte de las empresas aunque sí carga en cuanto al pago durante los días 4º al 15º de la baja en el trabajo. Sentencia nº TSJ Galicia, de 14/07/2001

En el caso de los trabajadores por cuenta propia:

- Será requisito indispensable para el acceso al subsidio encontrarse al corriente en el pago de las cuotas en el momento de la baja médica, así como la presentación de una declaración sobre la persona que gestione la actividad o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la misma.
- No cabe la posibilidad de optar por la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con una Mutua de Accidentes de Trabajo.

3.- Prestaciones y permisos por maternidad y Permiso y prestación laboral por paternidad

En las mismas condiciones que en el Régimen General con las siguientes particularidades:

- Los trabajadores por cuenta propia no tienen que presentar la declaración sobre la persona que va a gestionar la actividad durante este período.
- La prestación de maternidad y paternidad de un trabajador por cuenta propia, en régimen de jornada parcial sólo podrá llevarse a cabo en el porcentaje del 50 por 100.

4.- Prestaciones por riesgo durante embarazo o lactancia natural

Trabajadoras por cuenta ajena, igual que en el Régimen General.

Las trabajadoras por cuenta propia:

- Tienen derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en las mismas condiciones que las trabajadoras del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- A las socias trabajadoras de sociedades cooperativas y laborales se les reconoce, con independencia del régimen en el que estuvieran incluidas.
- La gestión y el pago de la prestación va a cargo de la Entidad con la que se haya concertado la cobertura del riesgo profesional.

5.- Incapacidad permanente

1. La prestación económica por incapacidad permanente otorgada por este Régimen Especial se regirá por las normas establecidas para el Régimen General o, en su caso, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Serán beneficiarias de dicha prestación, en el grado correspondiente, las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia incluidas en este Régimen

Especial que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición exigida legalmente, hubieran cubierto el período mínimo de cotización exigido en el texto refundido la Ley General de la Seguridad Social, salvo que dicha situación derive de accidente, sea o no de trabajo, o enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún periodo previo de cotización.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta.

No procederá el reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, alcance la edad para acceder a la jubilación ordinaria con o sin la aplicación de coeficientes reductores. Sentencias nº TSJ Galicia, de 31/01/2000, Rec. 4912 y TSJ Galicia, de 19/09/2000, Rec. 2145.

El procedimiento para la evaluación de la incapacidad se inicia por el ISM de oficio, a petición de parte o por alguna entidad colaboradora de la Seguridad Social capacitada.

XLVIII. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE MUFACE A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Las Prestaciones MUFACE, se regulan en los Art. 18, Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

A las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado que se causen a partir de 1 de enero de 2015, les será aplicable lo establecido en el apartado 2 del artículo 210 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -acceso a la pensión de jubilación a una edad superior a la legalmente establecida-. Igualmente, se reconocerá un complemento de pensión a las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias de pensiones de jubilación o retiro de carácter forzoso o por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad o viudedad que se causen a partir del 1 de enero de 2016 en el Régimen de Clases Pasivas del Estado.

Las prestaciones a que tienen derecho los mutualistas o sus beneficiarios, cuando se encuentren en los supuestos de hecho legalmente establecidos, serán las siguientes:

1. Asistencia sanitaria.
2. Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.
3. Prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez.
4. Prestaciones para la remuneración de la persona encargada de la asistencia del gran inválido.
5. Indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él.
6. Servicios sociales.
7. Asistencia social.

8. Prestaciones familiares (por hijo a cargo minusválido y ayudas económicas en los casos de parto múltiple).

1.- Asistencia sanitaria.

Todos los mutualistas y beneficiarios de Muface tienen derecho a las prestaciones sanitarias. Además, las esposas de los mutualistas y aquellas personas que hubieran venido conviviendo con estos, aunque no sean beneficiarias, tendrán derecho a la asistencia por maternidad.

La asistencia sanitaria tiene por objeto la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de este Régimen especial, así como su aptitud para el trabajo. Igualmente proporcionará los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física para la recuperación profesional de los incapacitados con derecho a ella.

Contingencias protegidas.

Las contingencias cubiertas por la prestación de la asistencia sanitaria son las de enfermedad común o profesional y las lesiones ocasionadas por accidente común o en acto de servicio o como consecuencia de él, sea por accidente o riesgo específico del cargo, así como el embarazo, el parto y el puerperio, en la extensión y términos que en esta Ley se establecen y en los que se determinen en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Beneficiarios de asistencia sanitaria.

La asistencia sanitaria se dispensará a todos los mutualistas incluidos en el ámbito de aplicación de este Régimen especial y jubilados mutualistas, así como a los beneficiarios de ambos.

Para la determinación de la condición de beneficiario a cargo de un mutualista de este Régimen se estará a lo dispuesto en el Régimen general de la Seguridad Social.

El Reglamento General de Mutualismo Administrativo determinará los supuestos y condiciones en que se dispensará la asistencia sanitaria tanto a los viudos como a los huérfanos de mutualistas activos o jubilados.

Contenido de la asistencia sanitaria

La prestación de asistencia sanitaria comprende:

Los servicios de atención primaria, incluida la atención primaria de urgencia en régimen ambulatorio o a domicilio, y la atención especializada, ya sea en régimen ambulatorio u hospitalario e incluido los servicios de urgencia hospitalaria, todos ellos con un contenido análogo al establecido para los beneficiarios del Régimen general de la Seguridad Social.

La prestación farmacéutica, que incluye las fórmulas magistrales, las especialidades y los efectos y accesorios farmacéuticos, con la extensión determinada para los beneficiarios del Régimen general de la Seguridad Social. Los beneficiarios participaren mediante el pago de una cantidad porcentual por receta o, en su caso, por medicamento, que se determinará reglamentariamente.

Las prestaciones complementarias, para cuya definición, extensión y contenido se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Régimen general de la Seguridad Social.

Forma de la prestación.

La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que se establezcan en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

3.- Prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez.

Se entiende por incapacidad permanente la situación del funcionario que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen su capacidad para el servicio. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad de trabajo del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. La incapacidad permanente habrá de derivarse, cualquiera que sea su causa, de la situación de incapacidad temporal (Art. 23-28, Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio). Nos podemos encontrar con los siguientes grados de incapacidad permanente:

- Incapacidad permanente parcial para la función habitual: es la que, sin alcanzar el grado de total, produce al funcionario una limitación para el desempeño de las funciones de su Cuerpo, Escala o plaza.

- La incapacidad permanente total para la función habitual: es la que inhabilita al funcionario para la realización de todas o de las fundamentales funciones de su Cuerpo, Escala o plaza.

- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: es la que inhabilita por completo al funcionario para toda profesión u oficio.

- Gran invalidez: es la situación del funcionario afecto de incapacidad permanente absoluta que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita de la asistencia de otra persona para realizar los actos más elementales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Se entiende por función habitual del funcionario, la desempeñada por éste al tiempo de sufrir el accidente común o en acto de servicio o como consecuencia de él, o la que viniera realizando en caso de enfermedad durante el período de tiempo anterior a la incapacidad, que se determina en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

Efectos de la incapacidad permanente parcial.

El funcionario incapacitado permanente parcial percibirá la totalidad de los haberes que correspondan al puesto de trabajo que efectivamente desempeñe. No obstante, y en los supuestos que señale el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, deberá sujetarse a los procesos de rehabilitación.

Efectos de la incapacidad permanente total y absoluta.

La incapacidad permanente total y la incapacidad permanente absoluta darán lugar a la jubilación del funcionario de acuerdo con la legislación en vigor.

En el supuesto de que exista posibilidad razonable de recuperación, el funcionario incapacitado tendrá asimismo derecho a recibir prestaciones recuperadoras a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado.

Efectos de la gran invalidez.

La gran invalidez originará la jubilación del funcionario y dará derecho a una cantidad mensual equivalente al 50 por 100 de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo al Régimen de Clases Pasivas, destinada a remunerar a la persona encargada de su asistencia.

Revisión de las situaciones de incapacidad permanente.

La calificación y, en su caso, la revisión de las situaciones de incapacidad permanente se llevarán a cabo de acuerdo con las normas que regulan el sistema de derechos pasivos y, cuando proceda, con las establecidas en materia de rehabilitación de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración General del Estado, y surtirán efectos respecto de todas las prestaciones que pudieran derivarse de dicha situación.

En los supuestos de incapacidad no previstos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, la calificación de aquélla corresponderá a los órganos que determine el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

4.- Indemnizaciones por lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él.

Las lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él, sea por accidente o por riesgo específico del cargo, que, sin llegar a constituir incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez, supongan una alteración o disminución de la integridad física del funcionario, darán derecho a la percepción por una sola vez de las cantidades que se establezcan reglamentariamente.

5.- Servicios sociales.

Todos los mutualistas así como los beneficiarios que se determinen reglamentariamente para cada una de las prestaciones podrán acogerse a las prestaciones reguladas en este apartado siempre que reúnan las condiciones en cada supuesto exigidas

La acción protectora de este Régimen especial podrá incluir los servicios sociales del Sistema de la Seguridad Social, siempre que las contingencias que atiendan no estén cubiertas por otras prestaciones.

La incorporación de los servicios sociales a que se refiere el apartado anterior se determinará por Orden del Ministro de Administraciones Públicas, previo informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la que se regulará su alcance y régimen financiero (Art. 30-32 Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio).

6.- Asistencia social.

Todos los mutualistas así como los beneficiarios que se determinen reglamentariamente para cada una de las prestaciones podrán acogerse a las prestaciones reguladas en este apartado siempre que reúnan las condiciones en cada supuesto exigidas.

La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado dispensará los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos.

Dichos servicios y auxilios económicos tendrán como límite los créditos que a tal fin se consignen en el presupuesto de gastos de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, y su concesión no podrá comprometer recursos del ejercicio siguiente a aquel en que la misma tenga lugar.

Las ayudas asistenciales comprenderán, entre otras, las que se dispensen por tratamiento o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo; las determinadas por inexistencia, pérdida o insuficiencia de prestaciones en su puestos concretos; las debidas a gastos de carácter urgente en casos de importancia extraordinaria debidamente justificados, y, en general, cualesquiera otras análogas cuya percepción no haya sido regulada en las normas aplicables a este Régimen especial.

El Estado facilitará a sus funcionarios adecuada asistencia social, fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuanto contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social. Las prestaciones asistenciales aludidas en el apartado anterior son independientes de estas (Art. 31, Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio)

7.- Prestaciones familiares (por hijo a cargo minusválido y ayudas económicas en los casos de parto múltiple).

Las prestaciones económicas de protección a la familia serán de pago periódico y de pago único. Las primeras corresponden a las prestaciones familiares por hijo a cargo y las segundas a ayudas económicas en los casos de parto múltiple y por nacimiento de hijo (Art. 29, Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio).

Las prestaciones de protección a la familia establecidas en la presente Ley son incompatibles con cualesquiera otras análogas fijadas en los restantes regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

La prestación por hijo a cargo menor de dieciocho años no minusválido se regirá por lo dispuesto en el capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y la prestación por nacimiento de hijo se regirá por lo dispuesto en el Art. 2 ,Real Decreto-ley 1/2000, de 14 de enero. Su gestión corresponde a las unidades y órganos administrativos que tenían encomendada la de las extinguidas prestaciones de ayuda familiar, sin perjuicio de que, cuando el beneficiario tenga la condición de pensionista, la consignación y abono de las prestaciones reconocidas se efectúen por los servicios correspondientes de Clases Pasivas del Ministerio de Hacienda.

Las prestaciones por hijo a cargo minusválido, cuya gestión corresponde a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, se regirán, igualmente, por lo dispuesto en el capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El subsidio especial por maternidad en el supuesto de parto múltiple tendrá el mismo contenido que en el Régimen general de la Seguridad Social.

2. INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Se encuentran en la situación de Incapacidad Temporal los funcionarios/as que hayan obtenido licencias por enfermedad, accidente que impida el normal desempeño de las funciones públicas, siempre que reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación por MUFACE.

Cuantía

En las situaciones de Incapacidad Temporal los funcionarios/as tienen los siguientes derechos económicos:

- Durante los primeros noventa días, a las retribuciones establecidas en la normativa vigente (para más información pueden dirigirse a su Unidad pagadora).
- A partir del día nonagésimo primero percibirán:
 - Las retribuciones básicas y, en su caso, la prestación por hijo a cargo, por su Unidad pagadora.
 - Un Subsidio por Incapacidad Temporal a cargo de MUFACE.

La cuantía del Subsidio es fija e invariable, en tanto éste no se extinga, y será la mayor de las dos cantidades siguientes:

- El 80 por 100 de las retribuciones básicas devengadas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondiente al tercer mes de la licencia.
- El 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer* mes de la licencia.

El importe del Subsidio íntegro así calculado no podrá ser superior a las retribuciones complementarias íntegras correspondientes al tercer mes de licencia.

Si la cuantía del Subsidio resultase superior, su importe se reducirá en el exceso.

La concesión del Subsidio por Incapacidad Temporal exige que el beneficiario/a haya cubierto un período de seis meses de cotización a MUFACE, salvo enfermedad profesional o accidente en acto de servicio o como consecuencia de él.

El Subsidio se extingue, entre otras causas, por:

- Finalización de la licencia de enfermedad.
- Declaración de jubilación.
- Fallecimiento.
- Transcurso del plazo máximo de duración: éste es de 24 meses.

Beneficiario

El funcionario/a a quien se le haya expedido parte de baja médica, que haya obtenido licencias por enfermedad o accidente que impida el normal desempeño de las funciones públicas y que reciba asistencia sanitaria facilitada por Muface.

Plazo de Presentación

Una vez cumplidos los 3 primeros meses en situación de incapacidad temporal se podrá solicitar el subsidio a MUFACE.

Lugar de Presentación

Servicios Provinciales u Oficinas Delegadas de MUFACE o en cualquiera de los registros previstos en el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, además del órgano de personal donde el mutualista preste sus servicios.

El Órgano de personal comunicará directamente a Muface el transcurso de los tres primeros meses de licencia certificándole las retribuciones percibidas en el tercer mes de licencia.

3. INDEMNIZACIÓN POR LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

Tipo de Prestación:

Incapacidad

Abono de una indemnización por una sola vez por lesiones producidas en acto de servicio y calificadas por el Equipo de Valoración de Incapacidades que tengan

carácter definitivo y que constituyan una alteración física sin que suponga la jubilación por incapacidad permanente para el servicio.

Cuantía

El abono de una indemnización por una sola vez:

- Baremo establecido para Régimen General de la Seguridad Social si no constituyen incapacidad permanente parcial.

- Si las lesiones constituyen incapacidad permanente parcial para la función habitual, 24 mensualidades de la base de cotización vigente en la primera licencia por enfermedad o, en su defecto, en el mes en el que se produjo el accidente en acto de servicio.

Beneficiario

Los mutualistas que hayan sufrido lesiones, mutilaciones o deformidades causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio.

Plazo de Presentación

Cinco años desde la fecha indicada por la primera licencia por enfermedad o desde el día que se produjeron las lesiones.

Lugar de Presentación

Servicios Provinciales u Oficinas Delegadas de MUFACE o en cualquiera de los registros previstos en el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. También puede presentar a MUFACE esta solicitud a través del Registro Electrónico Común (REC) de la Administración General del Estado. Para ello debe disponer de DNI electrónico o certificado electrónico en vigor.

4. SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Tipo de Prestación:

Subsidio por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

Es un subsidio que pueden solicitar las mutualistas que hayan obtenido licencia por riesgo durante el embarazo.

Cuantía

El 100 % de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia

Beneficiario

La mutualista que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo.

Plazo de Presentación

Una vez cumplidos los 3 primeros meses en esta situación se podrá solicitar el subsidio a MUFACE.

Lugar de Presentación

La mutualista puede presentar la solicitud en el Servicio Provincial de MUFACE, así como en su órgano de personal o en cualquiera de los registros previstos en el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El Órgano de personal comunicará directamente a Muface el transcurso de los tres primeros meses de licencia certificándole las retribuciones percibidas en el tercer mes de licencia.

5. SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Tipo de Prestación:

Subsidio por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

Subsidio que percibe la mutualista cuando por riesgo durante la lactancia debe cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, pero dicho cambio no resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

Cuantía

El 100 % de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia

Beneficiario

La mutualista que haya obtenido licencia por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses.

Plazo de Presentación

Una vez cumplidos los 3 primeros meses en esta situación podrá solicitarse a MUFACE el subsidio.

Lugar de Presentación

La mutualista puede presentar la solicitud en el Servicio Provincial de MUFACE, así como en su órgano de personal o en cualquiera de los registros previstos en el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El Órgano de personal comunicará directamente a Muface el transcurso de los tres primeros meses de licencia certificándole las retribuciones percibidas en el tercer mes de licencia.

**XLIX. TRABAJADOR SIN PERMISO DE RESIDENCIA NI DE
TRABAJO. DERECHO A COBRAR PRESTACIONES POR INCAPACIDAD
TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO**

.- De conformidad con el Art. 166, LGSS los trabajadores comprendidos en el RGSS se considerarán de pleno de derecho en situación de alta a efectos de accidente de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones de afiliación o alta. STS 07/10/2003 (R. 2153/2002)

El apdo. 1, Art. 7, Ley General de la Seguridad Social nos permite concluir que el extranjero que resida o se encuentre legalmente en España y realice una actividad profesional queda dentro del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. La única excepción parece que alcanzaría a trabajadores fronterizos y artistas que se encuentren por un corto periodo de tiempo en territorio español y a los marinos, sin perjuicio de que sean equiparados a los españoles por vía de reciprocidad diplomática o de reciprocidad legislativa tácita o expresa. No obstante, el trabajador extranjero no se encuentra en la situación citada anteriormente, ya que al no existir afiliación ni alta ni cotización se impone declarar la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación, es decir el subsidio de Incapacidad Temporal, debiendo la Mutua de Accidentes hacerse cargo de forma anticipada de tales prestaciones, con derecho a repetir contra tal empresa.

La STSJ Murcia 04/10/1999 (R. 1573/1998), va más allá incluso de la imputación de empresario y Mutua, condenando, de forma extensiva al Instituto Nacional de la Seguridad Social en su calidad de Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, a hacerse cargo de la prestación derivada de accidente de trabajo.

Si se diese el supuesto específico en el que el trabajador extranjero accidentado hubiese suplantado la personalidad de otro, habiendo sido de alta y cotizado por el

empleador con esa personalidad equívoca facilitada por el propio accidentado. ¿Se negaría la prestación al tratarse de una irregularidad en la contratación provocada por el propio trabajador?.

En este supuesto nos encontramos ante una situación distinta de la contemplada anteriormente, pues mientras en el primer supuesto el contrato celebrado lo había sido a ciencia y conciencia de los intervinientes aunque con infracción de la exigencia legal contenida en el apdo. 3, Art. 36 LOEX de que para contratar a un extranjero es necesaria la obtención de la previa autorización para trabajar, en el supuesto contemplado en último lugar no puede afirmarse que el empresario que contrató al demandante prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto se parte de la base de que el empleador firmó los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no solo calificable de sustancial, sino producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente. En este caso, a diferencia del primer supuesto, se puede afirmar en definitiva que no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el Art. 1266 ,Código Civil, y, como en el mismo se dice, en estos casos "no hay contrato", puesto que aquel error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación con las exigencias de la LOEX nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el Art. 1266 Código Civil . Y esta diferencia sustancial es la que impide mantener las tesis defendidas por el recurrente puesto que el punto de partida no es el de un contrato celebrado contra las exigencias de la LOEX con los efectos derivados de las previsiones contenidas en esta Ley, sino ante un contrato inexistente o nulo en aplicación de las previsiones básicas de todo nuestro sistema de contratación (STS 21/01/2010 (R. TS, Sala de lo Social, de 21/01/2010, Rec. 106/2009 - TS, Sala de lo Social, de 21/01/2010, Rec. 106/2009 -).

L. ASPECTOS PROCESALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Las MATEPSS están legitimadas activamente para impugnar las resoluciones que dicte el Instituto Nacional de la Seguridad Social en los expedientes sobre determinación de contingencia de incapacidad temporal, en aquellos casos en que se inicia por accidente de trabajo y, tras finalizar ésta, sin solución de continuidad se continúa por otra de enfermedad común, y la MATEPSS asegura ambas contingencias. En el caso de incapacidad temporal que el Instituto Nacional de la Seguridad Social declara que deriva de accidente de trabajo, la Mutua aseguradora de esta contingencia puede impugnarla aunque no asegure la incapacidad temporal, porque si se aquieta será la responsable de las prestaciones que asegure (incapacidad permanente, viudedad, etc.), siendo así que el interés real —requerido reiteradamente por la jurisprudencia— y la lesión del interés propio —sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1991— se hacen actuales por ser el único momento en que la Mutua puede oponerse a la calificación de la contingencia que determinará su eventual responsabilidad en prestaciones futuras y que entonces ya no podrá impugnar por ser una calificación ya firme.

2. LEGITIMACIÓN PASIVA

Es una cuestión no resuelta definitivamente la de la falta de legitimación del SPS para comparecer como demandado en los casos en que se plantean cuestiones relacionadas con la incapacidad temporal. Cabe distinguir dos supuestos distintos:

— Si la cuestión litigiosa se centra exclusivamente en el abono de las prestaciones económicas de la incapacidad temporal por la contingencia de enfermedad común, y dado que las prestaciones han de correr a cargo, en todo caso, de la Mutua codemandada o del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el SPS no está legitimada pasivamente para comparecer en el procedimiento.

— Por el contrario, en aquellos supuestos en que se impugne únicamente el parte de alta de incapacidad temporal y también en los que versen sobre la determinación de contingencia, aun cuando las prestaciones han de abonarlas en todo caso la Mutua codemandada o el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el SPS está legitimado pasivamente para comparecer en el procedimiento por cuanto son sus servicios médicos los que emiten, en su caso, el parte de alta en el primer caso o el parte de baja por enfermedad común en el segundo.

3. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DEL ALTA MÉDICA EMITIDA POR LAS ENTIDADES GESTORAS DERIVADA DE UNA INCAPACIDAD TEMPORAL POR DISCONFORMIDAD POR PARTE DEL TRABAJADOR

El interesado podrá instar la revisión del alta médica dentro del plazo máximo de cuatro días naturales ante la inspección médica del servicio público de salud. La entidad gestora tendrá la facultad de proponerle, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de su decisión, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, la mencionada alta médica adquirirá plenos efectos.

Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días naturales posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes (aprt. 1.a) 169 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Frente a la resolución de alta médica podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara, en el aludido plazo máximo, manifestando su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

El procedimiento de disconformidad con la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, que declare la extinción de la incapacidad temporal por alta médica del interesado (apdo. 1. a) 169 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), se ajustará a las siguientes reglas:

- a) El interesado podrá manifestar su disconformidad en el plazo máximo de los cuatro días naturales siguientes a la notificación de la resolución. Dicha disconformidad se cumplimentará en el modelo aprobado a tal efecto por la correspondiente entidad gestora, que estará a disposición de los interesados en las correspondientes páginas web de dichas entidades.
- b) La manifestación de disconformidad se presentará ante la inspección médica del servicio público de salud. Asimismo, podrá presentarse ante alguno de los órganos señalados en el apdo. 4, Art. 38 ,Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (la referencia debe entenderse hecha al apdo.4 del Art. 16 Ley 39/2015, de 1 de octubre).
- c) El interesado que inicie el procedimiento de disconformidad, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente dicha disconformidad o en el siguiente día hábil.
- d) El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, y los servicios públicos de salud deben comunicarse recíprocamente, a la mayor brevedad posible, el inicio del procedimiento de disconformidad así como todas las decisiones que adopten en el desarrollo del procedimiento.

La entidad gestora competente, bien por sus propios medios o, en su caso, a través del servicio común, comunicará a su vez a la empresa, a la mayor

brevedad posible, todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de incapacidad temporal del interesado.

e) Las comunicaciones entre las entidades gestoras, los servicios públicos de salud y las dirigidas a la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

Procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal.

1. Frente a las altas médicas emitidas por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y por las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de doce meses de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la entidad gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta, de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados (apdo. 1. a), 169 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

La tramitación del procedimiento indicado debe considerarse preferente por la entidad gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible.

2. El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora a la que se refiere el apartado anterior, en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la entidad gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. A la indicada solicitud, que estará disponible en la página web de

las correspondientes entidades gestoras, y con el fin de que la entidad gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

El interesado que inicie el procedimiento de revisión, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil.

3. La mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal.

4. El Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, en su caso, comunicará a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. En el caso de que no se presentara la citada documentación, se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

La mutua correspondiente podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora.

5. Asimismo, la entidad gestora competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, con carácter inmediato.

A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y, del reconocimiento médico, se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento especial de revisión y, además, con carácter inmediato comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor.

6. El director provincial competente de la entidad gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto.

7. La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando, en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el servicio público de salud. En consecuencia, el procedimiento terminará con alguno de los siguientes pronunciamientos:

a) Confirmación del alta médica emitida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.

b) Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.

c) Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

d) Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

8. Cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución.

9. Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la entidad colaboradora, el servicio público de salud y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.

10. Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de doce meses de duración de la situación de incapacidad temporal, la entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el apdo. 1. a) 169, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

11. El abono de la prestación de incapacidad temporal durante la tramitación de este procedimiento especial será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.

12. Las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa (Art. 71 LJS).

Procedimientos de impugnación previos a la vía judicial

Establece el Art. 71 LJS que es requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluida la impugnación de altas médicas,

que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora. El plazo no será el genérico de 30 días, sino que se interpondrá en el plazo de once días desde la notificación de la resolución.

La LJS exceptúa de este requisito los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica por agotamiento de plazo máximo sin prórroga.

Reclamación judicial del alta médica

El Art. 140 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, dispone:

- Límite de las partes intervinientes a la Entidad Gestora y en su caso Colaboradora (MUTUA), sin que sea necesario traer al proceso al Servicio Público de Salud (excepto cuando se discutan altas de sus servicios médicos), ni a la empresa (salvo cuando se cuestione la contingencia).
- Se le dará tramitación urgente y preferente.
- La vista se celebrará en los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, que no tendrá recurso, se dictará en otros tres.
- No podrán acumularse a la discusión de altas médicas otras cuestiones.

Se trata de días naturales y no hábiles, siendo esto una excepción a lo establecido en el apdo. 1 del Art. 30 Ley 39/2015, de 1 de octubre

Se exime de la necesidad de reclamación previa aquellas impugnaciones de altas emitidas acordadas por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación de incapacidad temporal. En todos los demás casos en los que sí es preceptiva la reclamación, el plazo para su interposición se establece en 11 días y 7 días para su contestación.

LI. DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE IT. DESPIDO
NULO. SENTENCIA DEL TJUE N.º 395/15, DE FECHA 01/12/2016

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016.

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículos 1 a 3 — Prohibición de discriminación por motivos de discapacidad — Existencia de una “discapacidad” — Concepto de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo” — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículos 3, 15, 21, 30, 31, 34 y 35 — Despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta»

En el asunto C395/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, mediante auto de 14 de julio de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de julio de 2015, en el procedimiento entre Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L., Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera), integrado por el Sr. L. Bay Larsen, Presidente de Sala, y los Sres. M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan (Ponente) y D. Šváby, Jueces; Abogado General: Sr. Y. Bot; Secretario: Sr. A. Calot Escobar; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Sr. Daouidi, por el Sr. G. Pérez Palomares, abogado;
- en nombre del Ministerio Fiscal, por el Sr. A. C. Andrade Ortiz;
- en nombre del Gobierno español, por la Sra. A. Gavela Llopis, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues, D. Colas y R. Coesme, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. D. Martin y N. Ruiz García, en calidad de agentes;

Oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 26 de mayo de 2016; dicta la siguiente Sentencia.

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3 y 15, del artículo 21, apartado 1, de los artículos 30, 31, del artículo 34, apartado 1, y del artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») y de los artículos 1 a 3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. Mohamed Daouidi, por una parte, y Bootes Plus, S.L., el Fondo de Garantía Salarial y el Ministerio Fiscal, por otra parte, en relación con el despido del Sr. Daouidi mientras se

hallaba en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta.

Marco jurídico

Derecho internacional

3 La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35; en lo sucesivo, «Convención de la ONU»), manifiesta en la letra e) de su preámbulo: «Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

4 A tenor del artículo 1 de dicha Convención, titulado «Propósito»: «El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.»

5 El artículo 2 de dicha Convención, titulado «Definiciones», establece, en su párrafo cuarto: «Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.»

Derecho de la Unión

6 A tenor de los considerandos 11, 12, 15 y 31 de la Directiva 2000/78: «La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. [...]

La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas. [...]

Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.»

7 El artículo 1 de esta Directiva, titulado «Objeto», establece: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de

orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

8 El artículo 2 de dicha Directiva, bajo la rúbrica «Concepto de discriminación», establece, en sus apartados 1 y 2: «1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda[n] ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.»

9 El artículo 3 de esa misma Directiva, titulado «Ámbito de aplicación», dispone, en su apartado 1, letra c): «Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.»

10 El artículo 10 de la Directiva 2000/78, titulado «Carga de la prueba», establece lo siguiente en sus apartados 1, 2 y 5:

«1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio [acredite], ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.

[...]

5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente.»

Derecho español

11 El artículo 9, apartado 2, de la Constitución dispone: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

12 El artículo 14 de dicha Constitución establece: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

13 El artículo 15 de dicha Constitución reza: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.»

14 El artículo 55 del 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 (BOE n.º 75, de 29 de marzo de 1995, p. 9654), en su versión aplicable en la fecha de los hechos en el litigio principal (en lo sucesivo, «Estatuto de los Trabajadores»), tiene el siguiente tenor en sus apartados 3 a 6: «3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.

4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo.

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

[...]

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.»

15 El artículo 56, apartado 1, del mencionado Estatuto establece: «Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.»

16 El artículo 96, apartado 1, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE n.º 245, de 11 de octubre de 2011, p. 106584), establece: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.»

17 El artículo 108, apartados 1 y 2, de esta Ley dispone: «1. En el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo.

Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del [Estatuto de los Trabajadores], será calificado como improcedente.

[...]

2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

[...]»

18 El artículo 110, apartado 1, de la citada Ley tiene el siguiente tenor: «Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del [Estatuto de los Trabajadores] o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de [del Estatuto de los Trabajadores] [...].»

19 El artículo 113 de la misma Ley establece: «Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. [...]»

20 El artículo 181, apartado 2, de la Ley 36/2011 dispone: «En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.»

21 El artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 2013, p. 95635), incluye las siguientes definiciones:

«[...]»

a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

[...]

c) Discriminación directa: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

d) Discriminación indirecta: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

[...]»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

22 El 17 de abril de 2014, el Sr. Daouidi fue contratado por Bootes Plus para trabajar como ayudante de cocina en uno de los restaurantes de un hotel situado en Barcelona.

23 A este respecto, el Sr. Daouidi y Bootes Plus celebraron un contrato con carácter eventual justificado por un aumento de trabajo en el restaurante, por una duración de tres meses y a jornada parcial (20 horas por semana). Este contrato establecía un período de prueba de 30 días. El 1 de julio de 2014, el Sr. Daouidi y Bootes Plus pactaron la conversión de dicho contrato a jornada completa (40 horas por semana).

24 El 15 de julio de 2014, se prorrogó en nueve meses más el contrato del Sr. Daouidi, fijándose como fecha de cese el 16 de abril de 2015. El jefe de cocina dio su informe favorable a tal prórroga, al igual que a la anterior ampliación de la jornada del Sr. Daouidi.

25 El 3 de octubre de 2014, el Sr. Daouidi resbaló en la cocina del restaurante en el que trabajaba, lo que le dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. En la misma fecha, el Sr. Daouidi inició el proceso para que se le reconociera una incapacidad temporal derivada de accidente laboral.

26 A las dos semanas de ese accidente laboral, el Jefe de Cocina contactó con el Sr. Daouidi interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de su situación de incapacidad temporal. El Sr. Daouidi le manifestó que su reincorporación no podía ser inmediata.

27 El 26 de noviembre de 2014, estando aún en situación de incapacidad temporal, el Sr. Daouidi recibió de Bootes Plus comunicación escrita de despido disciplinario con el siguiente tenor literal: «Lamentamos poner en su conocimiento que hemos adoptado la determinación de dar por concluida la relación laboral que le une con la empresa, procediendo a su inmediato despido con efectos del día de la fecha. La

razón que fundamenta esta decisión es debida a no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el [Estatuto de los Trabajadores].»

28 El 23 de diciembre de 2014, el Sr. Daouidi presentó demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, cuya pretensión principal es que se declare la nulidad de su despido con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011.

29 A este respecto, el Sr. Daouidi adujo, por una parte, que el despido del que fue objeto vulneraba su derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución, en particular porque el directivo de la empresa le había indicado que se reincorporara al trabajo el fin de semana del 17 al 19 de octubre de 2014, lo que no podía hacer. Por otra parte, alegó que dicho despido, al tener por causa o motivo real su situación de incapacidad temporal derivada de su accidente de trabajo, es discriminatorio y guarda relación, por tanto, con el concepto de «discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78 y a la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C335/11 y C337/11, EU: C: 2013:222).

30 Subsidiariamente, el Sr. Daouidi solicitó a ese juzgado que declarase su despido improcedente con arreglo al artículo 108, apartado 1, de la Ley 36/2011.

31 El juzgado remitente indica que se han acreditado hechos suficientes para considerar que, aunque el despido del Sr. Daouidi es un despido con formalidad y apariencia disciplinaria, su motivo real es la situación de incapacidad —de duración incierta— derivada del accidente laboral del que fue víctima el Sr. Daouidi.

32 Según dicho juzgado, de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional resulta que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011.

33 No obstante, el juzgado remitente se pregunta si tal despido no es contrario al Derecho de la Unión en la medida en que viola el principio de no discriminación y vulnera el derecho a protección en caso de despido injustificado, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y el derecho a la protección de la salud, consagrados, respectivamente, en el artículo 21, apartado 1, en los artículos 30 y 31, en el artículo 34, apartado 1, y en el artículo 35 de la Carta.

34 Por otra parte, el juzgado remitente se pregunta si existe, en el litigio principal, una discriminación por «discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78. En primer lugar, estima que la limitación que padece el Sr. Daouidi al dislocarse el codo es evidente. A este respecto, ese juzgado precisa que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, unos seis meses después del accidente laboral del Sr. Daouidi, su codo izquierdo seguía enyesado. En segundo lugar, sostiene que la empresa del Sr. Daouidi consideró su incapacidad laboral demasiado larga, incompatible con sus intereses, por lo que dicho tribunal concluye que concurre el requisito relativo al carácter «permanente» de la limitación. Por último, considera que esa decisión de despido impide la participación plena y efectiva del Sr. Daouidi en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

35 El juzgado remitente añade que, en caso de que el despido del Sr. Daouidi se hubiese realizado vulnerando derechos fundamentales consagrados por el Derecho de la Unión, dicho despido debería ser declarado nulo y no sólo improcedente.

36 En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe ser interpretada la prohibición general de discriminación proclamada en el artículo 21.1 de la Carta en forma que pueda comprender, en su ámbito de prohibición y tutela, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— a causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de la Seguridad Social?

2) ¿Debe ser interpretado el artículo 30 de la Carta en el sentido que la protección que debe otorgarse a un trabajador objeto de un despido manifiestamente arbitrario y carente de causa, debe ser la prevista en la legislación nacional para todo despido que vulnere un derecho fundamental?

3) La decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, ¿entraría en el ámbito de afectación y/o tutela de los artículos 3, 15, 31, 34.1 y 35.1 de la Carta (uno, alguno o todos ellos)?

4) Caso que se dé respuesta afirmativa a las tres cuestiones anteriores (o a alguna de ellas) y se interprete que la decisión de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, entra en el ámbito de afectación y/o tutela de algunos o alguno de los artículos de la [Carta], ¿pueden ser aplicados por el juez nacional para la resolución de un litigio entre particulares, ya sea por entenderse que —según se trate de un “derecho” o “principio”— gozan de eficacia horizontal o por aplicación del “principio de interpretación conforme”?

5) Caso de responderse en sentido negativo a las cuatro cuestiones anteriores, se formula una quinta cuestión: ¿Entraría en el concepto de “discriminación directa por discapacidad” —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal —de duración incierta— por causa de un accidente laboral?»

Sobre la quinta cuestión prejudicial

37 Mediante su quinta cuestión prejudicial, que procede analizar en primer lugar, el juzgado remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, conlleva, por sí solo, que la limitación de su capacidad se pueda calificar de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado en esa Directiva.

38 Con carácter preliminar, es preciso señalar que, tal como se indica en su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra las discriminaciones basadas en cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que está la discapacidad. De conformidad con su artículo 3, apartado 1, letra c), dicha Directiva se aplicará, dentro del límite de las competencias conferidas a la Unión Europea, a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, en relación, en particular, con las condiciones de despido.

39 En el caso de autos, el juzgado remitente pretende que se dilucide si el estado del Sr. Daouidi, despedido mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, está comprendido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de dicha Directiva.

40 A este respecto, es preciso recordar que la Unión aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de aquélla, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véase la sentencia de 18 de marzo de 2014, Z., C363/12, EU:C:2014:159, apartado 73 y jurisprudencia citada). Por otra parte, del apéndice al anexo II de esta Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relacionados con cuestiones regidas por esta Convención.

41 De ello se sigue que dicha Convención puede ser invocada para interpretar esta Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark,

C335/11 y C337/11, EU: C: 2013:222, apartado 32, y de 18 de marzo de 2014, Z., C363/12, EU: C: 2014:159, apartado 75).

42 Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C335/11 y C337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., C363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C354/13, EU:C:2014:2463, apartado 53).

43 En consecuencia, la expresión «personas con discapacidad» contenida en el artículo 5 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tengan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior (sentencia de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C312/11, no publicada, EU: C: 2013:446, apartado 57).

44 Procede añadir que dicha Directiva comprende, en particular, las discapacidades debidas a accidentes (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C335/11 y C337/11, EU: C: 2013:222, apartado 40).

45 Por consiguiente, si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 (véase, por analogía, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C335/11 y C337/11, EU:C:2013:222, apartado 41).

46 En el caso de autos, de la resolución de remisión resulta que el Sr. Daouidi fue víctima de un accidente laboral y que se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Procede señalar que, en principio, tal estado físico es reversible.

47 El juzgado remitente precisa que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, a saber, unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y, por tanto, éste no podía desarrollar su actividad profesional.

48 En estas circunstancias, consta que el Sr. Daouidi ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física. Por consiguiente, para determinar si cabe considerar al Sr. Daouidi una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78, e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es «duradera» en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia.

49 La Convención de la ONU no define el concepto del carácter «a largo plazo» de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de «discapacidad» ni establece el de limitación «duradera» de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.

50 Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, apartado 11, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi, C511/14, EU:C:2016:448, apartado 36).

51 Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

52 De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Daouidi el régimen jurídico de la incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

53 Por otra parte, el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C13/05, EU: C: 2006:456, apartado 29).

54 Por lo que respecta al concepto de carácter «duradero» de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C13/05, EU:C:2006:456, apartado 45).

55 Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico.

56 Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, como puso de manifiesto, en esencia, el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

57 En la comprobación del carácter «duradero» de la limitación de la capacidad del interesado, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

58 En caso de que el juzgado remitente llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es «duradera», hay que recordar que un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva (véanse las

sentencias de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C13/05, EU:C:2006:456, apartado 48, y de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C335/11 y C337/11, EU:C:2013:222, apartado 71).

59 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y

certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Sobre las cuatro primeras cuestiones prejudiciales

60 Mediante sus cuatro primeras cuestiones prejudiciales, que procede analizar conjuntamente y en segundo lugar, el juzgado remitente solicita, en esencia, la interpretación de los artículos 3 y 15, del artículo 21, apartado 1, de los artículos 30 y 31, del artículo 34, apartado 1, y del artículo 35 de la

Carta en una situación como la controvertida en el litigio principal.

61 A este respecto, hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de la remisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia sólo puede interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias que le son atribuidas (sentencia de 27 de marzo de 2014, Torralbo Marcos, C265/13, EU:C:2014:187, apartado 27, y auto de 25 de febrero de 2016, Aiudapds, C520/15, no publicado, EU:C:2016:124, apartado 18).

62 En lo que respecta a la Carta, su artículo 51, apartado 1, establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. El artículo 6 TUE, apartado 1, y el artículo 51, apartado 2, de la Carta precisan que las disposiciones de ésta no amplían el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión en los términos definidos en los Tratados.

63 Como resulta de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia (véanse la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C617/10, EU:C:2013:105, apartado 22, y el auto de 25 de febrero de 2016, Aiudapds, C520/15, no publicado, EU:C:2016:124, apartado 20).

64 Pues bien, a este respecto, procede señalar que en la fase actual del procedimiento principal no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta.

65 En efecto, por lo que respecta, en particular, a la Directiva 2000/78, como se ha expuesto en la respuesta dada a la quinta cuestión prejudicial, el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado por la Directiva 2000/78.

66 Además, la resolución de remisión no incluye ningún pronóstico acerca del eventual restablecimiento —completo o no— del Sr. Daouidi o información sobre las eventuales secuelas o consecuencias que tendrá dicho accidente en el cumplimiento de las tareas para las que fue contratado.

67 Por consiguiente, como puso de manifiesto el Abogado General en el punto 52 de sus conclusiones, al ir ligada la aplicación de la Directiva 2000/78 en el litigio principal a la apreciación que realice el juzgado remitente a raíz de la presente sentencia del Tribunal de Justicia, no procede considerar que la situación de que se trata en el litigio principal esté comprendida, en este momento procesal, dentro del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de marzo de 2014, Torralbo Marcos, C265/13, EU:C:2014:187, apartado 40).

68 En tales circunstancias, hay que declarar que el Tribunal de Justicia es incompetente para responder a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales.

Costas

69 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

– El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

– Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

– Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Bay Larsen Vilaras Malenovský

Safjan Šváby

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 1 de diciembre de 2016.

El Secretario.

LII. DESPIDO DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE IT.
DESPIDO NULO. SENTENCIA DEL J. SOCIAL N.º 33 DE BARCELONA DE
FECHA 23/12/2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

1.- El día 23.12.14 fue repartida a este juzgado la demanda que origina estas actuaciones. En la demanda, habiendo alegado los hechos y razonamientos jurídicos oportunos, se pedía sentencia por la que se declarase la nulidad del despido impugnado, por vulneración de derechos fundamentales, así como al pago de indemnización resarcitoria de 6.251€ por daños morales y 2.841,566 por daños materiales, o, subsidiariamente, su improcedencia.

2.- Admitida a trámite la demanda, se señaló para la celebración del acto del juicio el 9.4.05, en que tuvo lugar a presencia judicial, con la comparecencia del demandante y la empresa demandada, asistidos, respectivamente, por los letrados Sres. Gines Pérez Palomares y Carlos Rubio Valles. No comparecieron ni el Fondo de Garantía Salarial ni el Ministerio Fiscal.

3.- La parte actora, al ratificar su demanda y la pretensión de nulidad del despido impugnó, concretó en 2.841,566 la indemnización por daños materiales y en 6.251€ la indemnización por daños morales. La demandada se opuso, negando el carácter discriminatorio del despido y ratificando la motivación disciplinaria del mismo. Se practicó prueba documental, de interrogatorio y testifical, y las partes elevaron a definitivas sus conclusiones.

4.- Previa audiencia a ambas partes y al Ministerio Fiscal, por auto de fecha 14.7.15 se plantearon ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea diversas

cuestiones prejudiciales, que han sido resueltas mediante Sentencia de fecha 1.12.16, dictada en el asunto C-395/15 , en los términos que se expondrán más adelante.

5.- Por providencia de 7.12.16 se acordó citar de comparecencia a ambas partes para la valoración de la incidencia de la sentencia del TJUE en la resolución del pleito y para la práctica de prueba de interrogatorio, testifical, documental y pericial acordada para mejor decidir, comparecencia y prueba que se ha practicado y valorado en fecha 16,12.16.

6.- La presente sentencia se redacta en castellano a petición del demandante.

HECHOS PROBADOS 1.- La sociedad demandada es la titular del Restaurant "Bravo 24", ubicado en el Hotel Vela de Barcelona, calificado de 5 de estrellas "Gran Lujo".

2.- La plantilla del restaurante oscila durante el curso del año en razón de la temporada, entre 40-45 trabajadores, en enero- febrero, a 60-65 en los meses de verano, y alrededor de 50 empleados en otoño y primavera. En razón de dicha estacionalidad, la contratación inicial es eventual, por periodos habituales de 3 a 6 meses, según la referida oscilación por estacionalidad. La renovación y duración de la única prorroga posible se establece en razón de dicha estacionalidad y la valoración del trabajador hasta completar el límite máximo de duración de un año (declaración testifical de Marina, responsable de RRHH).

3.- El demandante fue contratado en fecha 17.4.14, en la categoría profesional de ayudante de cocina, a jornada parcial (20 horas) y por una duración inicial de tres meses, con carácter eventual justificado -en el contrato- para "realizar todas las preparaciones básicas culinarias que le sean encomendadas, todo ello motivado por un

aumento de trabajo". El contrato establecía un período de prueba de 30 días (folios 71-72, dorso).

4,- En fecha 1.7.14, superado el período de prueba de 30 días, se pactó la conversión del contrato a jornada completa (40 horas), pasando a percibir una retribución diaria de 44,72€ (folio 75).

5,- Dos semanas después, en fecha 15.7.14 se prorrogó en nueve meses más el contrato inicial, completando el año máximo de duración, fijándose como fecha de cese la de 16.4.15 (folio 76). Tal prórroga, como la anterior ampliación de la jornada, tuvo el informe favorable del Jefe de Cocina (según la declaración del mismo en prueba de interrogatorio).

6.- En fecha 3.10.14 el demandante sufrió un accidente laboral, al resbalar en la cocina y dislocarse el codo izquierdo, iniciando proceso de incapacidad temporal derivado de accidente laboral en la misma fecha, siendo atendido por los servicios médicos de la mutua FREMAP.

7.- A las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del demandante, el Jefe de Cocina habló con el demandante interesándose por su estado médico y por la previsión de duración de dicha situación de incapacidad temporal, contestándole el demandante que -según prescripción facultativa- su reincorporación no podía ser inmediata (declaración de ambas partes, coincidente).

8,- En fecha 26.11.14, permaneciendo en situación de incapacidad temporal derivada del mismo accidente de trabajo, el demandante recibió comunicación escrita de despido disciplinario (folio 8, que se da por íntegramente reproducido), con el siguiente tenor literal, como única imputación: "Lamentamos poner en su conocimiento que

hemos adoptado la determinación de dar por concluida la relación laboral que le une con la empresa, procediendo a su inmediato despido con efectos del día de la fecha.

La razón que fundamenta esta decisión es debida a no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento' que la empresa considera adecuado o idóneo para el desempeño de sus tareas en supuesto de trabajo. Los hechos expuestos son sancionables con el despido a tenor de lo dispuesto en el art. 54 ET ".

9.-La evolución médica de la lesión sufrida por el demandante desde la fecha del accidente laboral, producido en fecha 3.10.14, ha sido la siguiente (según documentación y pericial médica aportadas); - Tratado inicialmente con inmovilización y calmantes, al persistir la inflamación y la impotencia funcional, se practicó una primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, con el siguiente diagnóstico: rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular, Rotura fibrilar músculo braquial a nivel anterior a cortical humeral. Rotura parcial ligamento colateral cubital + edema epitroclea. Contusión diafiso-metafisaria proximar del radio.

- Una segunda resonancia magnética de fecha 10.1.15 evidenció "persistencia de signos de rotura ligamento colateral cubital", por lo que en fecha 1.4.15 fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica del Pilar, realizando ligamentoplastia LCC con tendón palmar mayor, siendo dado de alta médica por la Mutua Fremap el 20.7.15.

- Al persistir sintomatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatología del Hospital de Mataró por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez

permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial médica y docs. 1-10 parte actora).

10.- En fecha 29 de enero de 2015 se intentó la conciliación previa, con resultado de sin efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- Elementos de convicción en la determinación de los hechos probados.

1.- La declaración de hechos probados integra los que han resultado conformes así como aquellos que, siendo controvertidos, han quedado acreditados como resultado de la valoración de la prueba practicada, tanto en acto del juicio como en fecha 16.12.16, como diligencias finales. Se ha especificado en cada hecho probado, para mayor claridad, el medio de prueba que le da soporte probatorio.

Se ha valorado en especial la declaración del demandante y del Jefe de Cocina en el acto del juicio, propuesto como testigo por la parte demandante, cuyas respuestas ha asumido la demandada como propia en la prueba de interrogatorio, al coincidir que era la persona en quien -por ser conocedora directa de los hechos objeto del pleito- había delegado en caso de ser interrogada. También se ha valorado la declaración testifical de Marina, responsable de RRHH en la empresa, practicada como diligencia final en fecha 16.12.16.

2.- Como ya se advirtió en el acto del juicio y de conformidad en el art. 105.2 LJS, no se han valorado las respuestas del Jefe de Cocina a preguntas del letrado de la

demandada referidas a hechos imputables al trabajador, no concretados en la carta de despido.

3.- No ha quedado acreditada (aunque tampoco descartada) la supuesta presión del Jefe de Cocina al demandante a fin de que anticipara su alta médica, denunciada en el apartado segundo del hecho segundo de la demanda. La discrepante versión entre ambos impide dar por acreditada tal alegación. El Jefe de Cocina, que declaró por delegación de la empresa demandada en la prueba de interrogatorio, reconoció haber telefoneado al demandante a las dos semanas de iniciarse el proceso de incapacidad temporal del demandante, pero únicamente para interesarse por su estado médico y por la previsión de duración de la baja médica (a efectos organizativos), negando haberle presionado para que se reincorporara lo antes posible (tal como alega el demandante).

4.- El Sr. Leoncio, Jefe de Cocina, manifestó en el acto del juicio haber informado desfavorablemente del rendimiento del demandante, a la dirección de la empresa, con posterioridad a dicha conversación y previamente al posterior despido manifestando "que había una serie de problemas" y "que no funcionaba bien...desde el primer día o semana", Pero ni en dicha inicial declaración, ni en la posterior declaración en diligencia probatoria para mejor decidir, ni ella ni la responsable de RRHH han concretado mínimamente los pretendidos problemas o disfunciones en el trabajo del demandante, incongruentes -por otra parte- con la superación del periodo de prueba, la conversión del contrato de tiempo parcial a jornada completa y la renovación hasta completar el periodo máximo de 1 año, todo ello a propuesta o con el consentimiento del propio Jefe de Cocina.

II.- Objeto del pleito.

1.- El demandante postula la declaración de "nulidad" del despido disciplinario del que ha sido objeto al considerar que -en traducción del idioma catalán en el que está

redactada la demanda- "el despido es la respuesta de la empresa a no haber querido pedir el alta voluntaria de la Mutua y reincorporarme al trabajo el fin de semana del 17-19 de octubre, tal como me indicó el Directivo de la empresa.-,y ejercer mi derecho a recuperarme de las lesiones sufridas en mi puesto de trabajo ", en referencia al accidente laboral que sufrió el 3.10.14, con vulneración del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución Española , reconocido también en el art 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

2.- Ya en el acto del juicio, al ratificar verbalmente la demanda, añadió un segundo motivo de nulidad del despido, alegando que tuvo por causa "o motivo real su situación incapacidad derivada del accidente de trabajo sufrido y, por consiguiente, debía ser considerado discriminatorio, citando expresamente la STJUE 11.4.13 (Nuria), la Directiva 2000/78.

3.- En congruencia con la calificación judicial de nulidad pretendida con carácter principal, el demandante solicita la condena de la empresa demandada a su inmediata readmisión, al pago de los salarios de tramitación devengados y -según prevé el art. 183 de la Ley Reguladora-de la Jurisdicción Social - el abono de una indemnización por daños morales (cifrada en 6.251€) y otra por daños materiales (cifrada en 1.500€, importe de los honorarios profesionales de su abogado).

4.- Con carácter subsidiario se postula la declaración de improcedencia del despido.

5.- La empresa demandada, al contestar a la demanda, negó categóricamente haber presionado al trabajador a fin que pidiera el alta médica así como la invocada intencionalidad represiva y/o discriminatoria del despido y alegó que el mismo sólo obedecía al bajo rendimiento del trabajador demandante, por lo que el despido debía ser calificado de "procedente" (por ser cierto el bajo rendimiento imputado) o -a lo sumo-

de "improcedente", caso de no quedar, acreditado dicho bajo rendimiento. Añadió que la doctrina del Tribunal Supremo ha descartado calificar como discriminatorio el despido por causa de enfermedad o accidente laboral.

6.- Dados los términos de la STJUE de 1.12.16, parece oportuno abordar en primer lugar la denuncia de discriminación por razón de discapacidad.

III.- Denuncia de discriminación por razón de discapacidad, 1.- Como ya se ha anticipado, en el acto del juicio, al ratificar verbalmente la demanda, el demandante añadió un segundo fundamento jurídico de su pretensión de nulidad, y alegó que el despido, al tener por causa o motivo real su situación incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo, debía -en todo caso- ser considerado discriminatorio por discapacidad citando expresamente la STJUE 11.4.13 (Nuria), la Directiva 2000/78, así como el art. 6,1 del Convenio 158 OIT.

La defensa letrada de demandada nada objetó procesalmente a la introducción de este segundo fundamento de pretensión de la nulidad, aunque sí se opuso frontalmente al mismo, negando cualquier intencionalidad discriminatoria al despido del demandante.

2.- En el momento de abordar este segundo fundamento -el posible carácter discriminatorio del despido, a la vista de los hechos declarados probados- es cuando este magistrado acordó la formulación de las cuestiones prejudiciales que se dirá, y ello por las siguientes razones.

3.- El análisis y resolución de tal pretensión requiere -como condición previa y en la hipótesis fáctica de la demanda- que pueda entenderse que se habría producido una discriminación prohibida y/o una lesión del derecho constitucional a la integridad física y/o a la salud (el "derecho a recuperarme de las lesiones sufridas en mi puesto de

trabajo", tal como se expresa en la demanda). Y ello no sólo para la aplicación del derecho, sino en el paso previo de establecer los hechos probados.

4.- En efecto, solamente si se admite que pueden resultar afectados tales derechos fundamentales (en el ámbito interno v/o comunitario), se justificaría la aplicación de la denominada "inversión de la carga de la prueba", establecida en todas las Directivas comunitarias anti-discriminatorias (y en la Directiva 78/2000 en particular) y en la legislación interna, arts. 96 y 181.1 LRJS , que trasladan "a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal..., hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa e indirecta".

5.- Como resultado de la prueba practicada en el acto del juicio, quedaron acreditados hechos suficientes ("indicios", en la denominación del art. 181.2 LRJS) que permitían establecer la sospecha racional de que el despido formalmente disciplinario no tuvo otra causa que la situación de incapacidad causada por el accidente laboral: el demandante, después de superar el período de prueba, ser renovado en su contratación temporal hasta el límite máximo de un año y ver ampliada su jornada de parcial a completa (hechos solo comprensibles desde la favorable valoración de su rendimiento y capacidad), fue despedido "disciplinariamente" en base a la genérica e inconcreta imputación de "no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento es el que la empresa considera adecuado o idóneo...", casi dos meses después de haber tenido un accidente laboral y haber informado telefónicamente al mismo Jefe de Cocina -dos semanas después- que la duración de su situación de incapacidad no sería corta ni, por consiguiente, su reincorporación inmediata.

6.- Ello no obstante, como sea que en el estadio actual de evolución de la jurisprudencia española ni tan siquiera en el caso de confirmarse dicha "motivación oculta" ello no posibilitaría la calificación del despido como discriminatorio o

atentatoria de otro derecho fundamental, este magistrado entendió necesario formular petición prejudicial Quinto.- Planteamiento de petición prejudicial ante el TJUE.

1.- En efecto, este magistrado no es la primera vez que aborda una situación como la aquí analizada en la que un despido con formalidad y apariencia disciplinaria ocultaría, en realidad y como "motivo real" del mismo, la situación de incapacidad -de duración incierta- derivada de accidente laboral. Y siempre ha tenido la firme convicción -y así lo ha venido expresando en diversas sentencias dictadas en los últimos años- que, en aquellos casos en los que puede establecerse, aplicando la inversión de la carga de la prueba, tal intencionalidad discriminatoria y/o represiva, el despido debería ser calificado judicialmente de nulidad, por comprometer derechos y principios fundamentales y constitucionales, tanto en el ordenamiento constitucional español como en el comunitario, como son el principio de igualdad y prohibición, de discriminación, el derecho a la integridad física, a la salud y al acceso a las prestaciones de seguridad social (sanitarias y económicas') y el propio derecho al trabajo (que integra el derecho a no ser despedido sino es por un motivo "justo").

2.- Ello no obstante, tales sentencias -y las dictadas por otros jueces en el mismo sentido, bien que muy minoritarias- han sido sistemáticamente revocadas por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y/o, en última instancia, por el propio Tribunal Supremo, que han considerado que -aún establecida o inferida tal intencionalidad reactiva- no cabía calificar dichos despidos ni como discriminatorios ni lesivos del derecho a la integridad física, ni -por consiguiente- se justificaba la calificación de nulidad del despido.

3.- En efecto, hasta el momento el Tribunal Supremo ha venido entendiendo sistemáticamente que "la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en

el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras, circunstancias en la que resulte (apreciable el elemento de segregación" (STS 29.1.01, 13.2.02, 12.7.04, 18.12.07, 22.9.08, 27.1.09), elemento de segregación que -por cierto- no ha apreciado en ninguna de las múltiples sentencias que ha dictado (incluso cuando sí lo habían apreciado las STJS de Cataluña de 12.6.06 y 7.9.06 , en Sala General, revocadas por las STS de 11.12.07 y 18.12.07).

4.- Esta doctrina la ha extendido también el Tribunal Supremo en relación a situaciones en las que, como en el presente caso, la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, como se recoge en la STS 12.7.12 al afirmar, previo recordatorio de la doctrina ya expuesta referida al despido "por causa de enfermedad", que "No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto- de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal" 5.- El Tribunal Constitucional, hasta el momento, no ha corregido la expuesta doctrina del Tribunal Supremo, sino que -bien que "obiter dicta", al tratarse de una situación singular (un trabajador despedido por ocultar su incapacidad en el momento de la contratación- parece haberla validado plenamente en su sentencia STC 62/08, al razonar "que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibida por el art. 14 CE" y concluir -al final de su fundamentación jurídica- "que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria." Es de señalar, ello no obstante, que dicha sentencia no entró a considerar la posible incidencia en tal conclusión ni de la CDFUE, ni de la Directiva 2000/78, ni del Convenio 158 OIT, y que sí lo haga el voto particular en contra para fundamentar su discrepancia y defender el carácter discriminatorio del despido.

7.- No está de más apuntar aquí el indeseado efecto de inseguridad y vulnerabilidad que ha generado esta doctrina en todo trabajador enfermo o que padece un accidente, al propiciar la generalización de los despidos por tal causa. Difícilmente se entenderían despidos como el analizado en el presente caso, con invocación de genérica e inconcreta causa disciplinaria para ocultar el móvil discriminatorio real, sino fuera por la tranquilidad generada -para la empresa que despide- por la expuesta doctrina del Tribunal Supremo, que califica dichos despidos con la simple "improcedencia", y que es invocada sistemáticamente en sede judicial para eludir su calificación como discriminatorios.

8.- Por consiguiente, a la luz de los criterios doctrinales expuestos -compartidos por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y no corregidos por el Tribunal Constitucional- ni tan siquiera en la hipótesis fáctica de la demanda entraría en juego la lesión de ningún derecho fundamental, por lo que ya no procedería activar tal inversión probatoria y sí desestimar, de plano, la pretensión principal de la demanda, la declaración de nulidad del despido por su carácter discriminatorio v/o lesivo de derechos fundamentales.

9.- En razón de ello y desde el máximo respeto al expuesto criterio doctrinal, a pesar de discrepar del mismo, este magistrado se planteó si a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitaria, no pudiera llegarse a solución contraria y considerar que tales despidos (por causa de accidente de trabajo) si lesionan el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y a la salud, el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social (sanitarias y económicas) y el propio derecho al trabajo (que integra el derecho a no ser despedido sino es por un motivo "justo"), principios y derechos recogidos todos ellos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa tiene el mismo valor jurídico que los Tratados y, por tanto, forma parte del Derecho primario de la Unión (art. 6.1 TUE).

10.- Razonaba este magistrado que calificar como meramente "improcedentes", con la mínima indemnización que ello comporte, este tipo de despidos -con la expuesta afectación de derechos fundamentales y/o sociales- resulta difícilmente compatible con "los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho" a la que responde la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

11.- Por ello, ante la manifiesta contradicción entre la propia convicción y la expuesta doctrina de la jurisprudencia interna, consideró necesario plantear al Tribunal, de Justicia de la Unión Europea en orden a mantener o, en su caso, abdicar, del criterio mantenido hasta el momento: 1.- ¿Debe ser interpretada la prohibición general de discriminación proclamada en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en forma que pueda comprender, en su ámbito de prohibición y tutela, la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar, en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- a causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social? 2.- ¿Debe ser interpretado el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido que la protección que debe otorgarse a un trabajador objeto de un despido manifiestamente arbitrario y carente de causa, debe ser la prevista en la legislación nacional para todo despido que vulnere un derecho fundamental? 3.- La decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social ¿Entraría en el ámbito de afectación y/o tutela de los artículos 3, 15, 31, 34,1 y 35,1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (uno, alguno o todos ellos)?.

4.- Caso que se dé respuesta afirmativa a las tres cuestiones anteriores (o a alguna de ellas) y se interprete que la decisión de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, entra en el ámbito de afectación y/o tutela de algunos o alguno de los artículos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ¿Pueden ser aplicados por el juez nacional para la resolución de un litigio entre particulares, ya sea por entenderse que -según se trate de un "derecho" o "principio- gozan de eficacia horizontal o por aplicación del "principio de interpretación conforme"?.

Caso de responderse en sentido negativo a las cuatro cuestiones anteriores, se formula una quinta cuestión: 5.- ¿Entraría en el concepto de "discriminación directa por discapacidad" -como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78 la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral?.

VI- La sentencia del TJUE de 1.12.16.

1.- El TJUE, en su sentencia de 1.12.16 (asunto C-395/15), se declara incompetente para responder a las cuatro primeras cuestiones prejudiciales, referidas a la aplicación directa de distintos derechos fundamentales contemplados en la CDFUE, al entender que "en la fase actual del procedimiento principal no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta" (apartado 64)...."al ir ligada la aplicación de la Directiva 2000/78 en el litigio principal a la apreciación que realice el juzgado remitente a raíz de la presente sentencia del Tribunal de Justicia..." (Apartado 67).

2.- Por el contrario, sí da respuesta a la quinta cuestión, reformulada por el propio TJUE en términos de "si el estado del Sr. Hugo, despedido mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal, está comprendido en el concepto de "discapacidad" en el sentido de dicha Directiva", en los siguientes términos: "La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de "duradera", con arreglo a la definición de "discapacidad" mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

- Al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales."

3.- Para la mejor comprensión de estos "mandatos valorativos" de la parte dispositiva de la sentencia resulta obligado recordar determinados puntos esenciales de los razonamientos previos, que se sintetizan a continuación, especificando el apartado en el que se contienen: 42 Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha

estimado que el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, Cy CEU:C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z, C363/12, EÜ:C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, CEU:C:2014:2463, apartado 53).

43 En consecuencia, la expresión "personas con discapacidad" contenida en el artículo 3 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tensan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior (sentencia de 4 de julio de 2011 (no publicada, EU: C: 2013:446, apartado 57).

44 Procede añadir que dicha Directiva comprende, en particular, las discapacidades debidas a accidentes (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, CyC337/11, EU: C: 2013 222, apartado 40).

45 Por consiguiente, sí un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración puede estar incluido en el concepto de "discapacidad". en el sentido de la Directiva 2000/78 (véase, por analogía, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, Cy C337/11, EU:C:2013:222 , apartado 41).

46 En el caso de autos, de la resolución de remisión resulta que el Sr. Hugo fue víctima de un accidente laboral y que se dislocó el codo izquierdo, que tuvo que ser enyesado. Procede señalar que, en principio, tal estado físico es reversible.

47 El juzgado remitente precisa que, en la fecha de la vista celebrada ante él en el litigio principal, a saber, unos seis meses después de dicho accidente laboral, el codo del Sr. Hugo seguía enyesado y, por tanto, éste no podía desarrollar su actividad profesional.

48 En estas circunstancias, consta que el Sr. Hugo ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física. Por consiguiente, para determinar si cabe considerar al Sr. Hugo una persona con discapacidad con arreglo a la Directiva 2000/78, e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es "duradera" en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 42 de la presente sentencia.

49 La Convención de la ONU no define el concepto del carácter "a largo plazo" de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de "discapacidad" ni establece el de limitación "duradera" de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.

50 Pues bien, según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el

objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, EU:C:1984:11, apartado 11, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi, C511/14, EU:C:2016:448, apartado 36).

51 Así pues, a falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación "duradera" de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de "discapacidad" al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

52 De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Hugo el régimen jurídico de la incapacidad "temporal", con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera", en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

53 Por otra parte, el carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio".

54 Por lo que respecta al concepto de carácter "duradero" de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, CEU:C:2006:456, apartado 45).

55 Corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter "duradero", ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico.

VII- Parámetros de enjuiciamiento que resultan de la STJUE de 1.12.16.

1.- A la luz de este pronunciamiento, la primera cuestión a dilucidar -en orden a establecer el posible carácter discriminatorio del despido del demandante- es si la limitación que padece a consecuencia del accidente puede calificarse de "duradera" y, por consiguiente, de "discapacidad" a efectos de la tutela de la Directiva 2000/78.

De la lectura de la parte dispositiva de la sentencia y de los razonamientos previos pueden inferirse los siguientes criterios de valoración para resolver tal cuestión: - el hecho de que el demandante este en incapacidad "temporal", con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como "duradera" (apartado 52) pero tampoco predetermina tal calificación (parte dispositiva).

"el carácter "duradero" de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio. Ello se explicita en apartado 53 y en la parte dispositiva: "Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona." -Tanto en el apartado 57 como la parte dispositiva se interpreta que "al comprobar ese carácter "duradero", el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales".

VIII.- Aplicación de tales parámetros al presente caso.

1.- A la luz de tales mandatos valorativos establecidos en la sentencia comunitaria, este magistrado, dada la escasa documentación estrictamente médica aportada al acto del juicio (un informe médico traumatológico de fecha 1.4.15, "informe de alta", folio 50 del ramo de prueba de la parte actora, de grafía incomprensible), acordó -por providencia de 7.12.16 y en uso de la facultad del art. 88 LJS- la práctica de más prueba tendente a acreditar el estado médico del demandante en la fecha del despido, el conocimiento empresarial del mismo en aquel momento y la evolución médica posterior.

2.- El resultado de la prueba practicada en fecha 16.12.16 ha clarificado notablemente dichos extremos fácticos en la forma reflejada en el hecho probado noveno: "9.- La evolución médica de la lesión sufrida por el demandante desde la fecha del accidente laboral, producido en fecha 3.10.14, ha sido la siguiente (según documentación y pericial médica aportadas): -Tratado inicialmente con inmovilización y calmantes, al persistir la inflamación y la impotencia funcional, se practicó una primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, con el siguiente diagnóstico: rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular. Rotura fibrilar músculo braquial a nivel anterior a cortical humeral Rotura parcial ligamento colateral cubital + edema epitroclea. Contusión diafiso-metafisaria proximar del radio.

- Una segunda resonancia magnética de fecha 10.1.15 evidenció "persistencia de signos de rotura ligamento colateral cubital", por lo que en fecha 1.4.15 fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica del Pilar, realizando ligamentoplastia LCC con tendón palmar mayor, siendo dado de alta médica por la Mutua Fremap el 20.7.15.

- Al persistir somatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatología del Hospital de Mataró por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial médica y docs. 1-10 parte actora)." IX.- Concurrencia de una limitación duradera calificable de "discapacidad".

1.- Nos dice la sentencia comunitaria que "entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona." ¿Concurren tales indicios después de la prueba practicada? La respuesta a tal cuestión, a criterio de este magistrado y a la vista de los hechos declarados probados., solo puede ser afirmativa por cuanto: -La empresa ya conocía, en respuesta del demandante a pregunta del Jefe de Cocina a mediados de octubre de 2014, que su reincorporación no sería "a corto plazo".

-La primera resonancia magnética en fecha 17.11.14, un mes y medio después del accidente y pocos días antes del despido, objetivó ya diversas lesiones que hacían impensable una reincorporación a corto plazo, en especial la rotura del ligamento: "rotura trabecular subcortical epifisaria del cóndilo humeral. Importante derrame articular. Rotura fibrilar músculo braquial a nivel anterior a cortical humeral. Rotura parcial ligamento colateral cubital +edema epitróclea. Contusión diafiso-metafisaria proximar del radio".

-Prueba de ello es que la posterior resonancia magnética de 10,1,15, tres meses después del accidente, si bien objetiva la resolución o disminución de casi todas las

lesiones (edema medular, rotura diafiso- metafisaria, derrame articular, edema trabecular y edema intersticial), constata la persistencia de la más relevante: la rotura del ligamento colateral cubital, lo que determina que tres meses después, el 1.4.15, debiera ser objeto de intervención quirúrgica, ligamentoplastia LCC con tendón palma mayor, de la que no fue alta por curación -por parte de la mutua de accidentes de la empresa- hasta el 20.7.15, casi 10 meses después del accidente.

- Al persistir sintomatología e inestabilidad articular, el demandante -ya dado de alta por la mutua patronal- ha sido tratado en los meses posteriores por el Servicio de Traumatología del Hospital de Mataró (sanidad pública), por laxitud lateral interna, dolor y pérdida de fuerza en la extremidad superior izquierda, con prescripción de fortalecimiento de la musculatura, y descartando nueva intervención. En fecha 14.9.16 ha formulado solicitud de invalidez permanente ante el INSS, estando en la actualidad pendiente de valoración (pericial médica y docs. 1-10 parte actora.

2.- A la luz de tales elementos fácticos, y respecto del segundo pronunciamiento de la sentencia comunitaria, sólo puede concluirse -como va se ha anticipado- que, en la fecha del despido, 26.11.14 , estando el demandante en situación de "incapacidad temporal" por causa del accidente laboral sufrido el 3.10.14, la limitación que padecía el demandante no "presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo" -como se objetiva en la resonancia magnética de 14.11.16, pocos días antes del despido- y, en todo caso, que la misma "se prolongó significativamente" hasta completar un período de casi diez meses (al no emitirse el alta médica emitida por la mutua de accidentes en fecha 20.7.15), persistiendo incluso a partir de tal fecha sintomatología e inestabilidad articular que ha justificado que siguiera recibiendo tratamiento por parte de la sanidad pública. Se constata, pues, que la limitación del demandante ha sido notablemente más "duradera" que las de las Sras. Nuria -y Purificación (5 y 3.5 meses, respectivamente) demandantes en la STJUE 11.4.13 " Nuria " de obligada referencia.

La situación analizada, al concurrir ambos "indicios" indicados por la sentencia comunitaria, -la evidencia, ya en la fecha del despido de no recuperación a corto plazo, confirmada por la significativa prolongación de la incapacidad temporal hasta un total de casi "10 meses (desde el accidente hasta el alta médica)- debe ser considerada indiscutiblemente una "limitación duradera" y por consiguiente, una situación de "discapacidad" a efectos de la Directiva 2000/78.

3.- Dicha conclusión, ello no obstante» no determina necesariamente la calificación como discriminatorio del despido impugnado. Como señala el apartado 58 de la sentencia prejudicial, "en caso de que el juzgado remitente llegase a la conclusión de que la limitación de la capacidad del Sr. Hugo es "duradera", hay que recordar que un trato desfavorable por motivos de discapacidad sólo choca con la protección que pretende la Directiva 2000/78 en la medida en que constituya una discriminación con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la misma Directiva".

X.- Concurrencia de discriminación por discapacidad en el despido del actor.

1.- El artículo 2 de la Directiva 2000/78 define el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación en los siguientes términos.

"I. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa, cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica

aparentemente neutros pueda[n] ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica" 2.- Partiendo, pues, de estas definiciones debemos planteamos sí -tal como se denuncia en la demanda- el despido del demandante tuvo por "causa" su situación de discapacidad, entendida como "limitación duradera", o, alternatively, ha generado el "efecto" de obstaculizar o anular su derecho a la estabilidad en el empleo por dicho motivo.

3.- Este magistrado, en distintos apartados del auto de fecha 15.7.15 mediante el que planteó las diversas cuestiones prejudiciales, ya expresó su plena convicción» después de celebrado el acto del juicio, de que el despido del demandante tuvo por única causa su situación de discapacidad, entendida como "limitación duradera". Tal convicción se ha visto reforzada después de la práctica de las pruebas acordadas como diligencias probatorias, que no sólo incluyó un informe pericial y más extensa documentación médica, sino un nuevo interrogatorio al demandante, al Jefe de Cocina y a la responsable de RRHH de la empresa demandada; 4.-En efecto, el despido mediante una lacónica, genérica e inconcreta imputación disciplinaria, 53 días después de sufrir un accidente laboral, a un trabajador que -en el exigente contexto profesional de un restaurante de lujo- había superado el período de prueba, se le había ampliado la jornada de parcial a tiempo completo, y se le había prorrogado el contrato eventual hasta el límite máximo de duración (un año), comporta un incontestable "panorama indiciario" de que dicho despido tuvo por única causa la prolongación de la situación de incapacidad temporal del demandante y la propia comunicación del demandante al Jefe de Cocina que su reincorporación no sería a corto plazo.

La demandada, por boca del Jefe de Cocina, ni en el acto del juicio ni en la práctica de las diligencias probatorias finales (aún con el auxilio de la responsable de RRHH), pudo desvirtuar tal panorama indiciario, al ni tan siquiera concretar ningún hecho o actitud del demandante que justificara la genérica imputación de "no alcanzar las expectativas establecidas por la empresa ni el rendimiento que la empresa considera adecuado o idónea para el desempeño de sus tareas en su puesto de trabajo". En otras palabras, no ha aportado una explicación objetiva y razonable de la razón del despido del actor, que pudiera desvirtuar aquel potente panorama indiciario de la intencionalidad discriminatoria del despido.

5.- Ciertamente, podría objetarse que en la fecha del despido ("del hecho presuntamente discriminatorio", en palabras de la STJUE 1.12.16), la empresa no podía saber que la situación de incapacidad del demandante se iba a prolongar, aún, ocho meses más, hasta el alta médica por la Mutua Fremap el 20.7.15, esto es, que la "limitación de capacidad" (incapacidad temporal) iba a prolongarse hasta un total de casi diez meses. Pero lo determinante, a la luz de la doctrina sentada en la STJUE 1.12.16 es, situados en la fecha del despido, que -transcurridos más de 53 días desde el accidente y después de la indicación del demandante al Jefe de Cocina- la empresa era perfecta conocedora que su limitación "no presentaba una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo".

Expresando la cuestión en otros términos; la convicción que alcanza este magistrado es que la causa real del despido no me el mero hecho del accidente laboral, ni la inicial situación de incapacidad temporal en si misma (ya que ello hubiera determinado el despido inmediato), sino la percepción empresarial, 53 días después del accidente y después de la comunicación del demandante, que tal incapacidad temporal se tornaba en "duradera", sin "una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo". Y es por ello que el despido impugnado debe calificarse de directamente discriminatorio por causa de discapacidad.

6.- Ciertamente, es consciente este magistrado que tal conclusión choca frontalmente con la doctrina ya referida del Tribunal Supremo y (STS 29.1.01 , 13.2.02, 12.7.04, 18.12.07, 22.9.08, 27.1.09, 12.7.12, entre otras), que ha venido considerando que "la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de capacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en la que resulte apreciable el elemento de segregación". criterio refrendado por el propio Tribunal Constitucional, que en su sentencia STC 62/08 razonó "que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art 14 CE " añadiendo -al final de su fundamentación jurídica- "que una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria." 7.- Es también una realidad a tener en cuenta que este criterio jurisprudencial interno, al descartar el carácter discriminatorio de despidos como el ahora analizado en base a estos criterios de "estricta funcionalidad" o de "falta de rentabilidad en el mantenimiento del puesto de trabajo " del trabajador enfermo o accidentado, ha generado -en la práctica de las relaciones laborales de nuestro país- la convicción de que el empresario, podía despedir -sin necesidad de causa objetiva o disciplinaria "real"- al trabajador enfermo o accidentado, asumiendo el coste económico de la declaración de improcedencia, con la seguridad de que dicho despido no sería calificado de discriminatorio. Y es muy posible que, en el presente caso, el despido...del actor se decidiera desde la seguridad o confianza generada por esta doctrina.

8.- Pero parece claro que la STJUE de 1, 12,16 obliga necesariamente a modificar dicha doctrina en el sentido de que la "perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable para la empresa, "deberá ceder, necesariamente, ante la prohibición de discriminación por discapacidad -directa e indirecta- establecida en la Directiva, como mínimo cuando tal "incapacidad" pueda devenir "duradera".

9.- En efecto, parece claro que aquellos "factores" de "estricta funcionalidad" o de "falta de rentabilidad" que, según aquella doctrina, impedirían calificar como discriminatorios dichos despidos ya no podrán seguir validando como "justificación objetiva para una finalidad legítima" -en los términos del art. 2.2.b.i) de la Directiva- que impida la apreciación de discriminación, como mínimo en situaciones como la analizada en el presente caso en el que la incapacidad temporal deviene una "limitación duradera". Y menos aun cuando nuestro marco normativo contempla distintos instrumentos jurídicos para salvaguardar aquellos legítimos intereses empresariales (los criterios de "funcionalidad" y "rentabilidad"), como son el despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por ausencias intermitentes (art. 52. a) y d) ET), así como la posibilidad instar revisiones médicas que validen o revisen la situación de incapacidad.

10.- Por consiguiente y a modo de conclusión: El despido del trabajador accidentado, casi dos meses después del accidente, cuando seguía de baja médica y había informado que su reincorporación no sería a corto plazo, constituye -pues- una discriminación, directa, por razón de discapacidad; o, alternativamente, indirecta, dado que, a la postre y dada la larga duración de su incapacidad, su despido ha supuesto una "barrera" al impedir su recuperación y con ella, "la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores".

XII.- La posible afectación de otros derechos fundamentales recogidos en la CDFUE.

1.- A pesar que la anterior conclusión ya determina la estimación de la pretensión principal de la demanda, los mandatos de exhaustividad y congruencia establecidos en el art. 218 LEC y en el art. 96 LJS hacen obligado analizar la posible concurrencia de las otras denuncias formuladas en la demanda y objeto, a su vez, de las cuestiones prejudiciales elevadas ante el TJUE.

2.- El TJUE, en su sentencia prejudicial, se ha declarado incompetente para resolver las cuestiones referidas a la CDFUE, al considerar que "no se ha acreditado que la situación controvertida entre en el ámbito de la aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de las que figuran en la Carta", en rigurosa aplicación del art 51 CDFUE.

3.- Como se ha razonado en los fundamentos jurídicos anteriores, la nueva prueba practicada -a la luz de los criterios proporcionados por la propia sentencia prejudicial- ha llevado a la conclusión ya expuesta de calificar el despido como discriminatorio por causa de discapacidad, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2000/78 y, por ende, en el art. 21,1 de la CDFUE, Con ello se cumpliría la condición previa -la afectación de una norma comunitaria distinta a las de la propia Carta- para entrar a analizar la posible lesión de otros derechos fundamentales concernidos.

4.- Cabe añadir, ello no obstante, que -aun cuando no se hubiera constatado dicha afectación de otra norma comunitaria- ello no impediría entrar a conocer de la posible lesión de otros derechos fundamentales proclamados en la CDFUE, que -según proclama el art. 6 del Tratado de la Unión Europea - "tiene el mismo valor jurídico que los Tratados".

5.- En efecto, como sería la doctrina científica más autorizada (José Rafael Marín Aís, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su aplicación

en España"), el TJUE designa al juez nacional (sin distinción entre juez ordinario y juez constitucional) como el garante de la aplicación ordinaria y uniforme del Derecho comunitario en los estados miembros. Y los particulares en sus alegaciones ante los órganos jurisdiccionales internos pueden invocar preceptos de la Carta que contengan derechos subjetivos a su favor, indistintamente de sí el procedimiento implica aplicación del Derecho de la Unión (como en el presente caso) o no, ya que las disposiciones de la CDFUE se benefician de dos principios estructurales que rigen las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos internos: la primacía y' la eficacia directa. Ambos principios tienen sentido cuando la aplicación de las disposiciones de la Carta tiene lugar a través del artículo 93 CE y no solamente cuando se limitan a ser empleadas como mero canon hermenéutico. Gozarán de eficacia directa siendo por tanto invocables ante los tribunales ordinarios para recabar su tutela judicial aquellos derechos establecidos en la Carta de un modo preciso, claro, no sujeto a condición, sin remisión a las prácticas y legislaciones nacionales o comunitarias.

6.- Debe añadirse, además y en todo caso, que por mandato del art. 2 la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio , por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, "A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales".

Y, de hecho, como destaca el mismo autor (José Rafael Marín Asís), el propio Tribunal Constitucional ha invocado en numerosos pronunciamientos la CDFUE como clave hermenéutica para la interpretación de diversos derechos fundamentales (STC 292/00, STC 53/02, STC 138/05, STC 273/05, STC 17/06, STC 41/2006 y STC 176/2008).

Ello plantea la cuestión, siguiendo también en esto a José Rafael Marín Asís, de si la CDFUE y por la vía interpretativa ex art. 10.2 CE, puede comportar que derechos que hasta ahora habían sido considerado estrictos "derechos constitucionales", en nuestro marco constitucional, puedan cobrar ahora dimensión de "derecho fundamental", con la relevante consecuencia que ello pueda tener en orden a su tutela judicial.

7.- Asumiendo plenamente esta hipótesis, se aborda a continuación la posible afectación en el presente caso de otros "derechos fundamentales".

XIII.- Derecho fundamental a protección en caso de despido injustificado (art 30 CDFUE).

1.- Dispone el art. 30 CDFUE que "todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacional".

El documento de "explicaciones" de la CDFUE (2007/G 303/02) refiere que este precepto se inspira en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, que, en su epígrafe a), dispone -como derecho que debiera ser reconocido por las "Partes"- "el derecho de todos los trabajadores -a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio", y -en su epígrafe b)- "el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada".

La relevancia del derecho a la "protección en caso de despido injustificado" proclamado en el art. 30 CDFUE, pues, radica en el rechazo del "despido sin causa" o

arbitrario, consagrando la exigencia de causalidad, todo ello en clara congruencia no sólo con el referido art. 24 de la Carta Social, sino también con el modelo de relaciones laborales establecido en todos los estados miembros de la Unión Europea, y de la que también es expresión el Convenio 158 OIT -ya referido anteriormente- en cuya artículo 4 se dispone que "no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio".

2.- Tal "derecho fundamental" proclamado en el art. 30 CDFUE es plenamente congruente con la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación al derecho constitucional al trabajo proclamado en el art. 35 de la Constitución Española, en sus sentencias STC 22/81 y 192/03, ha venido reiterando que "tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rifa entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma", añadiendo a continuación que "ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que 1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho", para concluir que "No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el "derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa".

3.- Parece fuera de toda duda o discusión que el despido de un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de duración incierta- por causa de un accidente laboral, al margen del carácter discriminatorio por discapacidad ya apreciado, contraviene frontalmente el mandato - derecho o principio- del art. 30 CDFUE.

4.-La cuestión es si la mera calificación de "despido improcedente" (en terminología legal española) -con las consecuencias de condena ya expuestas (una mínima indemnización de 21 días de salario, en el caso del demandante)- satisface el "derecho a protección" que confiere el art. 30 CDFUE (y, como norma "inspiradora", el art. 24 de la Carta Social Europea), frente a un despido manifiestamente injustificado o arbitrario.

5.- En la normativa española actualmente vigente (arte. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 LRJ), la calificación de "improcedencia" del despido se establece en caso de no quedar acreditada la causa disciplinaria u "objetiva" invocada por la empresa, o la misma se valore como insuficiente o falta de proporcionalidad, o concurra algún incumplimiento formal, pero no para el "despido sin causa" o "arbitrario", Y la única indemnización se reduce (salvo que el empresario opte por la readmisión, cosa inhabitual), al pago de una indemnización de 33 días de salario por año de antigüedad (art. 56 ET). La calificación de "nulidad" se reserva para despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales, y en tal caso la condena es a la readmisión y al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión (arte. 55.5 y 55.6 ET y art. 113 LRJS).

6.- Hasta el año 1993, El Tribunal Supremo español había venido sancionado los despidos "arbitrarios" o "sin causa" con la "nulidad radical por fraude de ley", fundándose en el art. 6.4 del Código Civil , dado el "el alto grado de arbitrariedad manifestada en el acto del despido, para cuya fundamentación se alegó causa inexistente, dolosamente inventada, con el fin torticero de lograr una declaración de

improcedencia que permitiera, mediante la compensación económica, la definitiva desvinculación del hoy recurrente". (SSTS 114165, STS 30-11-91, Ar. 3462/1990, 4343/1990, 5017/1990, 5151/1991, 8425/1991).

7.- Sin embargo, ese criterio fue sustancialmente modificado por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 y la aplicación de la denominada Reforma Laboral de 1994 (SSTS de 2.11.93, 19.1.94 y 23.05.1996, entre otras), eliminando la figura de la "nulidad radical por fraude de ley" (de creación jurisprudencial), al no haberla recogido el legislador en las nuevas normas sustantivas y procesales. No recondujo dicha figura -como aconsejaba algún sector de la doctrina científica- a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por la manifiesta indefensión que se generaba al trabajador, que desconocía la causa real de su despido.

8.- La convicción de este magistrado es que la proclamación como "Derecho Fundamental de la Unión Europea" del "Derecho a la protección en caso de despido injustificado" es incompatible con la expuesta "práctica nacional" (jurisprudencial, no legislativa), de calificar este tipo de despidos "arbitrarios" o "sin causa" con la simple "improcedencia", con la mínima indemnización que ello comporta. Dada la existencia en el ordenamiento interno de normas sustantivas y procesales internas que califican como "nulo" todo despido con vulneración de un "derecho fundamental", el mandato del art. 10.2 CE debiera determinar la calificación de "nulidad" de un despido manifiestamente arbitrario o fraudulento por carecer de causa real, tal como había venido entendiendo el Tribunal Supremo hasta 1994.

10.- Tal solución garantizaría una respuesta no sólo acorde al propio art. 30 CDFUE, sino al art. 24 de la Carta Social Europea que le inspira (según el documento de "explicaciones"), que dispone "el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada" y a la propia doctrina constitucional española ya referida (STC 22/81 y 192/03).

XIII.- Otros derechos fundamentales integrados en la CDFUE afectados.

1.- La decisión empresarial de despedir al demandante, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente por el sólo hecho de estar en situación "discapacidad" por causa de un accidente laboral, cuando estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social puede haber afectado a otros derechos fundamentales proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en concreto, los que se detallan a continuación.

2.- Art. 3.1 CDFUE. Derecho a la integridad física y psíquica de la persona.

Es consciente este magistrado que, hasta la fecha, los pocos pronunciamientos del TJUE respecto a este derecho -antes y después de la promulgación de la CDFUE- se han referido, exclusivamente, a las cuestiones tuteladas en el apartado 2º del art. 3, en el marco de la medicina y la biología (sentencias de 9.10.01, 229.4.02, entre otras). También es cierto que el documento de "explicaciones" de la CDFUE ((2007/ C 303/02), sólo se refiere y da pautas de interpretación respecto a dicho segundo apartado. Pero nada de ello permite suponer que, al margen de los concretos derechos y prohibiciones establecidas en dicho apartado segundo, el apartado primero no permita integrar en el mismo otras situaciones distintas como la contemplada en el presente litigio.

Considera este magistrado que, aun no habiendo quedado acreditada la presión previa al demandante para que pidiera el alta médica y cesara en la situación de incapacidad temporal, el despido por causa de estar en dicha situación constituye una lesión al "derecho a la integridad física", en tanto que ha sido despedido por ejercer su derecho a alcanzar tal recuperación.

Coadyuva a tal conclusión, en primer lugar, la propia "tradición constitucional" interna: el Tribunal Constitucional español ha reconocido en diversas sentencias (STC 62/07, 74/07 y 160/07) que "en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art 40.2 CE)", añadiendo que "el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal" y "si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", sí concurriría si "una determinada actuación u omisión de la empleadora" en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral "podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado", concluyendo que "tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial para justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta".

Por otra parte, como "obligación internacional común", el Estado Español, como gran parte de los estados miembros de la Unión Europea, ratificó en fecha 18.2.85 (sin reserva o exclusión alguna) el Convenio n ° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo artículo 6.1 se establece que "La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo." El informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado "Estudio General de 1995", en su

párrafo 13, y en relación a la remisión que efectúa el art. 6 2 del Convenio 158 OIT a los estados miembros de incidir en la definición de la ausencia temporal del trabajo, se razona "que si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, a su juicio, si la ausencia se define sobre la base de "la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor".

2.- Art. 15.1 CDFUE, Derecho a trabajar y ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, art. 31.1 CDFUE. Derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud su seguridad y su dignidad.

Estos dos derechos son indisociables y se analizan conjuntamente: tienen que conectarse necesariamente con el art. 151 TFUE , por el que se proclama que "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones." El documento de "explicaciones" de la CDFUE ((2007/C 303/02) refiere que el art. 15,1 se inspira asimismo en el apartado 2 del artículo 1 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros, así como en el punto 4 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989. La expresión "condiciones laborales" se entenderá en el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En directa conexión con el art. 15, el apartado 1 del art. 31 CDFUE consagra tres valores inherentes al derecho a trabajar: la salud, la seguridad y la dignidad.

Y según el documento de "explicaciones" de la CDFUE (2007/C 303/02), se basa en la Directiva 89/391/ CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en el artículo 3 de la Carta Social Europea y en el punto 19 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (ya reproducido) así como, y, en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada. La expresión "condiciones laborales" debe entenderse según el sentido del artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, dispone, en su art. 6.1 que, "En el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios." A su vez el artículo 26 de la Carta Social Europea, bajo el título "Derecho a la dignidad en el trabajo", dispone que "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de todos los trabajadores a la protección de su dignidad en el trabajo, las Partes se comprometen previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores; 2. a promover la sensibilización, la información y la prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas".

A la luz de tales mandatos, en opinión de este magistrado, parece claro y manifiesto que el despido de un trabajador, hasta aquel momento bien conceptualizado profesionalmente, por el sólo hecho de estar en situación de incapacidad temporal -de

duración incierta- por causa de un accidente laboral, cuando está recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas de Seguridad Social, atenta a su derecho a la salud - en tanto en que interfiere en el necesario descanso y tratamiento médico para recuperar la misma-, a la seguridad - en tanto que pierde el empleo por causa de ejercer su derecho a proteger su salud- y a la dignidad, en tanto que esta actuación empresarial sólo puede ser percibida como hostil y ofensiva, en tanto que supone un claro desprecio a sus derechos como trabajador y ciudadano.

3.- Artículo.34. CDFUE Derecho a la Seguridad social. Art. 35. Derecho a la Protección de la salud ambos derechos constan recogidos -según el documento de "explicaciones a la CDFUE"- en los artículos 153 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , así como en los artículos 11. 12 y 13 de la Carta Social Europea y en el punto 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

La Unión debe "respetarlos" en el ejercicio de las competencias que le confieren los artículos 153 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Esta obligación de "respeto" de tales derechos debería determinar, a criterio de este magistrado, que una decisión empresarial de despedir a un trabajador por causa de ejercer dos derechos tan fundamentales - como el de recibir prestaciones sanitarias y económicas, en situación de incapacidad temporal por causa de un accidente de trabajo- debiera entenderse que lesiona, también, ambos derechos fundamentales proclamados en la CDFUE, debiendo determinar asimismo la calificación judicial de nulidad del despido por atentar a tales derechos fundamentales.

XIV.- Las consecuencias de condena.

1.- La declaración nulidad deberá comportar, obviamente, la condena a la readmisión inmediata del actor en sus anteriores condiciones de trabajo, viniendo la empresa obligada a los ajustes razonables en su puesto de trabajo o funciones que exija la limitación residual que pueda restarle al demandante, de conformidad a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78 .

2.- Debe señalarse, en tal sentido, que si bien el contrato del trabajador estaba formalizado como eventual, la concreción de la causa de eventualidad en el propio contrato inicial como la evidencia del carácter permanente de su puesto de trabajo en la sección de "calientes" ha evidenciado el carácter permanente de sus funciones. Probablemente por ello, la hipotética extinción por cumplimiento del plazo de eventualidad, fijada para el día 15.4.15, ni tan siquiera fue alegada en la contestación a la demanda en el acto del juicio como fecha limitativa de los efectos de una hipotética sentencia estimatoria.

3.- Corresponderá el pago de los salarios de tramitación, sin perjuicio del descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo

4.- Procede asimismo acceder al pago de la indemnización resarcitoria reclamada, 6,251€ por daños morales, y 2.841,56€ por daños materiales, importes respecto a la cual nada objetó la demandada al contestar a la demanda, más allá de oponerse a la propia pretensión.

En todo caso, el primer importe, 6251€; en aplicación de la práctica forense habitual, se corresponde con el importe mínimo de la sanción fijada en la LISOS por infracción muy grave por discriminación, mientras que el segundo resarce el importe de la minuta profesional del letrado del demandante.

Por todo lo expuesto,

FALLO:

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por Hugo contra BOOTES PLUS SL, declaro la nulidad del despido notificado el 26.11.14, por constituir una discriminación por razón de discapacidad, y condeno a la referida empresa a: 1.- La readmisión inmediata del actor en sus anteriores condiciones de trabajo, viniendo la empresa obligada -si fuera preciso- a los ajustes razonables en su puesto de trabajo o funciones que exija la limitación residual que pueda restarle al demandante, de conformidad a lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78.

2.- Al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que tenga lugar la readmisión, sin perjuicio del descuento o compensación de las prestaciones por incapacidad temporal o desempleo devengadas.

3.- Al pago de la indemnización resarcitoria de 6.251€ por daños morales, y 2.841,56€ por daños materiales.

Con absolución del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, sin perjuicio de su responsabilidad legal en caso de insolvencia empresarial.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que no es firme y que se puede interponer recurso de suplicación en contra ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los cinco días siguientes a esta notificación; en el caso de que se presente recurso, hay que anunciarlo en este Juzgado, por escrito o en comparecencia, y es indispensable, si el recurrente es el empresario y no disfruta del beneficio de justicia gratuita, que muestre el resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena y depositado la suma de 300 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, abierta en la entidad Banco de Santander, IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando, en el campo de observaciones o concepto de la transferencia, los dígitos correspondientes a este procedimiento, 5233.0000.34.1219,14, así como el concepto y el ordenante de la transferencia. Ambos ingresos deben efectuarse por separado.

Lo pronuncio, mando y firmo

LIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 21 de enero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º .- El actor Don Arcadio , nacido el NUM000 de 1981, con DNI NUM001, NASS NUM002 , diestro, cuyas demás circunstancias personales aparecen recogidas en el escrito rector de las presentes actuaciones, comenzó a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A., dedicada a la fabricación de productos químicos básicos, compuestos nitrogenados, fertilizantes, plásticos y caucho sintético en formas primarias, el 18 de marzo de 2008, en virtud de contrato de trabajo indefinido, con centro de trabajo en la Avda. de la Playa en San Juan de Nieva. Ostentaba la categoría profesional de Oficial 2ª mecánico-Operario de mantenimiento (f/120).

2º .- El 16 de abril de 2011 el trabajador sufrió un accidente de trabajo, mientras realizaba tareas de mantenimiento en máquina pesadora de material (báscula Khulman), un rodillo le atrapó la mano derecha amputándole el dedo índice y produciéndole lesiones erosivas en mano derecha y antebrazo derecho. Fue asistido de Urgencia en el Hospital San Agustín y derivado al Sº de Cirugía Plástica de Oviedo donde se le realizó desbridamiento y remodelado del muñón de amputación a nivel del resto de falange proximal de 2º dedo mano derecha. Inició una situación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias profesionales en la que permaneció hasta el 16 de octubre de

2011, siendo alta por curación con secuelas. Fue atendido por la Mutua Umivale, entidad responsable de las prestaciones de IT, Hospital San Agustín y por el Sº de Cirugía Plástica del HUCA. Fue intervenido el 17 de mayo de 2011. La base reguladora de la IT es de 61,44 euros, percibía el 75% (46,08€) (f/106).

3 º.- El trabajador, durante el periodo que permaneció en situación de Incapacidad Temporal (de 16/4/2011 a 16/10/2011) percibió, en la modalidad de pago delegado, la prestación económica de IT en cuantía de 8.432,64 euros, así como la mejora prestacional establecida en el Convenio Colectivo para el sector de la Industria Química, que rige la relación laboral, en la cuantía precisa para alcanzar, junto con la prestación básica de la Seguridad Social, el 100% de la suma de los conceptos salariales que viene percibiendo el trabajador (doc. 8 aseguradora).

4º. - Tramitadas actuaciones en vía administrativa sobre valoración de secuelas a instancia de la Mutua (f/109), y, en virtud de Resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Dirección Provincial de Asturias, el 3 de febrero de 2012, que hizo suyo el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 30 de noviembre de 2011 (f/127), basado en el preceptivo informe médico de síntesis emitido el 17 de noviembre de 2011 (f/128), se declaró afecto de Incapacidad Permanente Parcial con derecho a percibir, con cargo a la Mutua UMIVALE, una indemnización equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora de 1.843,24 euros, esto es, 44.237,76 euros (f/126). No consta que esta resolución haya sido recurrida.

5º. - El dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 30 de noviembre de 2011 fijó como secuelas: amputación traumática del 50% del F.P. dedo mano derecha. Limitación articular leve de IFP 3º dedo mano derecha.

6º .- El trabajador sufrió el accidente de trabajo mientras realizaba labores de mantenimiento en una cinta de la báscula Kulhman. Poco antes de las 16:00 horas cuando el actor estaba realizando tareas de mantenimiento junto al Jefe de Turno (Don Simón), empezó a sonar la señal acústica de la línea Kulhman indicando la existencia de algún problema en la báscula. El jefe de Turno ordenó al trabajador que fuera a ajustar la cinta de la báscula. La báscula venía presentando problemas los últimos días: la cinta

transportadora de roca se desviaba hacia los lados haciendo que la máquina se parase continuamente. La operación de centrado de la cinta de la máquina se realiza en la parte exterior de la misma, mediante el movimiento de sendos husillos, o tornillos, de los que dispone la máquina en el tambor de cola, en el exterior de la carcasa de la máquina, que se hallan a un metro y medio de la cinta, apretando uno u otro según se desvíe a la derecha o a la izquierda. Para realizar la operación ha de quitarse una puerta de protección que cubre la cinta, los rodillos y los sensores, para poder apreciar si se efectúa adecuadamente el centrado y la cinta va corrigiendo su posición. Para efectuar esta operación no es necesario acceder a las partes móviles de la máquina pero la cinta debe hallarse en movimiento. El trabajador acudió a realizar esta labor, que es habitual y rutinaria, sólo. El actor se puso a realizar el ajuste de las bandas pero en un momento dado detectó que el problema no era de ajuste de rodillos sino que uno de los finales de carrera (sensores encargados de detectar el desvío de la banda) estaba torcido y era lo que daba el problema: pese a que la cinta transportadora de la báscula estaba centrada, continuaba detectando error de desviación. El actor se puso a enderezar el sensor con la llave fija de mango largo (32/34) que estaba utilizando para ajustar los husillos, con la máquina en movimiento. La llave resbaló sobre el sensor, enganchándose en el rodillo de la cinta transportadora que tiró de ella, atrapando la llave que usaba, arrastrando con ella la mano del trabajador y seccionándole el dedo índice de la mano derecha del trabajador. (f/105) La parada de la máquina la realizó manualmente, en el panel de control de la misma, otro operador Don Juan Antonio cuando sintió que Don Arcadio gritaba.

7º. - Al día siguiente del accidente, Don Bienvenido, operario de la empresa subcontratada Prasat Instalaciones Eléctricas S.L. procedió a sustituir la "seta" de seguridad de la báscula (pulsador de seguridad) que funcionaba pero se encontraba deteriorada por el uso y la falta de limpieza.

8º.- A consecuencia del accidente, la Inspección de Trabajo efectuó la correspondiente investigación, emitiendo el informe que obra en autos y se tiene por íntegramente reproducido (doc. 12 actor). Consideraba la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social que el accidente se debía a una operación incorrecta del trabajador,

pues había accedido a las partes móviles de la Báscula Kulhman sin seguir las indicaciones de las instrucciones de seguridad IS-01 e IS-05 para acceder a partes móviles, retirando los fusibles y parando, por tanto, la maquinaria. No observaba sin embargo negligencia temeraria del trabajador sino más bien exceso de confianza en el desempeño de su trabajo. Concluyó el informe: "Por otro lado, al margen del accidente de trabajo y sin que ello sea causa del mismo, se comprueba el día de la visita que la máquina tiene el panel de control y la seta de seguridad en el mismo lado, con lo que se requirió a la empresa para que traslade la seta de seguridad al otro lado donde se encuentra la carcasa de protección del engranaje de la cinta, de manera que en ambos lados exista un dispositivo de parada de emergencia". El 3 de agosto de 2011 se realizó segunda visita a la empresa, comprobándose el cumplimiento del requerimiento.

9º. - El trabajador había recibido instrucciones de seguridad de los trabajos en planta así como copia de las instrucciones de seguridad actualmente vigentes en planta y ficha informativa de los riesgos de su puesto de trabajo. (18/12/10). Así mismo el trabajador el 21 de febrero de 2011 había firmado un documento en el que declaraba haber recibido formación en materia de 3: instrucción de calibrado de la báscula", 6 "actualización de instrucciones de seguridad: bloqueo de fusibles, limpieza rodillos Kulhman" y copia de las instrucciones de seguridad actualmente vigentes en planta con la ficha informativa de los riesgos de su puesto de trabajo.

10º. - La Evaluación de Riesgos por Puesto de Trabajo, del puesto del actor, contempla el riesgo atrapamiento o aplastamiento por o entre objetos, por causa de posibilidad de contactos con partes móviles del equipo de trabajo. Se propone como medida preventiva: "para la realización de trabajos de mantenimiento en la maquinaria de planta se seguirá la instrucción de seguridad "operaciones rutinarias de mantenimiento" (IS-01) garantizando así la consignación y enclavamiento para evitar accidentes por arranque intempestivo". (doc. 2 aseguradora). La Instrucción IS-01 para operaciones rutinarias de mantenimiento establece: "Toda intervención que conlleve dejar partes móviles al descubierto (...) se realizará siguiendo la instrucción de retirada de fusibles. "Todas las inspecciones de máquinas en las que se haya de acceder a partes móviles (...) se realizarán siguiendo la instrucción de retirada de fusibles. La Instrucción

IS-05 para operaciones en el interior de máquinas con acceso a partes móviles: "Antes de entrar a realizar la operación se deberá acudir junto al Jefe de Turno a la Sala Eléctrica y retirar los fusibles y con un candado (...) bloquear la caja para que nadie pueda volver a rearmarlos. En el Manual de Instrucciones de la Báscula, apartado g2, Mantenimiento Sustitución y Engrase, en lo que se refiere a los detectores desvío de banda, reza así: Para realizar esta operación es imprescindible tener el dosificador parado y asegurar que no se podrá poner en marcha bajo ningún concepto".

11º.- La empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A. tiene suscrita póliza de seguro nº NUM003 que cubre, entre otros, la responsabilidad civil, con la compañía aseguradora codemandada HDI HANNOVER INTERNATIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., vigente en la fecha del accidente de trabajo sufrido por el actor. La póliza fija una franquicia de 1.000 euros aplicables a todas las garantías aseguradas (doc. 7 aseguradora).

12º.- El 11 de febrero de 2013 se presentó la correspondiente papeleta de conciliación frente a la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES S.A. El día 20 de febrero del año 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia. La empresa informó al actor a cerca de la aseguradora (f/9). El 5 de marzo de 2013 se presentó la correspondiente papeleta de conciliación frente a la HDI HANNOVER INTERNACIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. El día 15 de marzo del año 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación con el resultado de sin avenencia. (f/10).

13 º.- Se interpuso la correspondiente demanda el 22 de enero de 2014».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Estimando la excepción de prescripción de la acción alegada por la representación de la empresa ASTURIANA DE FERTILIZANTES SA Y la aseguradora HDI HANNOVER INTERNATIONAL ESPAÑA SEGUROS Y REASEGUROS S.A., debo desestimar sin entrar a conocer del fondo del asunto la demanda en reclamación de cantidad promovida por D. Arcadio, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en la demanda».

SEGUNDO .- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Arcadio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 8 de mayo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Arcadio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Avilés, dictada en los autos seguidos a su instancia contra HDI HANNOVER INTERNATIONAL (ESPAÑA) DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, ASTURIANA DE FERTILIZANTES SA, sobre Reclamación de cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada».

TERCERO.- Por la representación letrada de D. Arcadio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 15 de julio de 2015. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, en fecha 19 de diciembre de 2002 (RSU 1343/2001). Se consigna el siguiente motivo único: respecto a la determinación del " dies a quo " para reclamar daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo; y respecto a la estimación de la excepción de "prescripción de la acción". El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 59 (apartados 1 y 2) del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, se infringe lo dispuesto en el artículo 71.2 de la LRJS.

CUARTO.- Con fecha 21 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de julio 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora estriba en determinar cuál ha de ser el día inicial para el cómputo del plazo

de prescripción de un año, del que dispone el trabajador para ejercitar contra la empresa la acción de reclamación de los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo que ha sufrido mientras prestaba servicios para la misma.

Como ya hemos dejado constancia en los antecedentes de hecho, la sentencia del juzgado de lo social acoge la excepción de prescripción invocada por la empleadora y desestima por este motivo la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto.

El recurso de suplicación interpuesto por el trabajador es desestimado en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 8 de mayo de 2015, rec. 664/2015, que confirma en sus términos la sentencia de instancia, y frente a la que se formula el recurso de casación para la unificación de doctrina que denuncia infracción del art. 59. 1 ° y 2° ET , e invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla- La Mancha de 19 de diciembre de 2002, rec.1343/2001 , para sostener que el día inicial del cómputo del plazo de prescripción no es el de la fecha de la resolución del INSS que le reconoció prestaciones de incapacidad permanente parcial, sino el momento en el que dicha resolución ganó firmeza una vez transcurrido el plazo de 30 días del que disponían todas las partes para formular reclamación previa contra la misma.

2. - La sentencia recurrida razona que el cómputo del plazo de prescripción de la acción exigiendo responsabilidad por daños y perjuicios a la empresa, "no puede iniciarse hasta que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que sucede cuando se ha dictado la correspondiente resolución firme en el proceso de invalidez, momento en el que el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir, cuáles los perjuicios que de ellas van a derivar y las prestaciones que va a percibir con cargo a la Seguridad Social ".

Tras lo que concluye que ese dies a quo debe fijarse en el presente supuesto en la fecha de la resolución del INSS de 3 de febrero de 2012, que declaró al actor en situación de incapacidad permanente parcial, " al no constar impugnación alguna de tal

decisión administrativa, ya que la misma al no resultar impugnada devino firme desde que fue dictada, y por lo tanto desde dicho momento podía haber ejercitado ya el demandante la acción en reclamación de daños y perjuicios", con lo que la acción se encontraría en consecuencia prescrita por el transcurso del plazo de un año del que disponía el actor para su ejercicio, cuando se presentó la papeleta de conciliación frente a la empresa el 11 de febrero de 2013 y el 5 de marzo de 2013 contra su aseguradora.

3.- El Ministerio Fiscal se muestra favorable a admitir la existencia de contradicción y acoger el recurso, para computar el inicio del plazo de prescripción, no en la misma fecha de la resolución administrativa, sino en la que ganó firmeza una vez transcurrido el de los 30 días de los que disponían las partes para formular reclamación previa frente a la misma.

Las demandadas en su impugnación postulan la inadmisión del recurso por falta de contenido casacional, al considerar que la recurrida se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, de la que, a su juicio, se desprende que el inicio del plazo de prescripción debe establecerse en la fecha de la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente y no es objeto de impugnación judicial al aquietarse el demandante a su contenido.

SEGUNDO.1.- La primera cuestión que hemos de resolver es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones en contraste concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

En lo que debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino

de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004), interpretando el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, con igual redactado que el del ya citado artículo 219.1 de la LRJS.

2.- Los datos relevantes a tal efecto de la sentencia recurrida son como siguen: 1º) el actor sufre un accidente de trabajo el día 16 de abril de 2011 que le origina diversas lesiones en la mano y antebrazo derecho; 2º) permaneció en situación de incapacidad temporal hasta el 16 de octubre de 2011 y en fecha 3 de febrero de 2012 se dictó resolución del INSS que le reconocía prestaciones de incapacidad permanente total, que no fue impugnada judicialmente y frente a la que no se presentó reclamación previa por ninguna de las partes; 3º) el 11 de febrero de 2013 interpone el demandante la conciliación contra la empresa demandada y el 5 de marzo frente a la aseguradora.

En esas circunstancias ya hemos dicho que la sentencia recurrida considera prescrita la acción, conforme a los razonamientos que se han expuesto anteriormente.

3.- La sentencia de contraste resuelve en asunto en el que: 1º) el accidente de trabajo tiene lugar el 15 de julio de 1996; 2º) en fecha 27 de enero de 1999 se dictó la resolución del INSS que declaró al actor en situación de incapacidad permanente total, que no fue impugnada judicialmente por ninguna de las partes y frente a la que no se presentó reclamación previa; 3º) el 5 de febrero de 2000 el actor dirige su primera reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra la empresa.

Con esos antecedentes la sentencia referencial parte de la consideración de que el trabajador se había aquietado a la resolución administrativa que calificó el grado de incapacidad permanente, para razonar seguidamente que el dies a quo para reclamar responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo se sitúa cuando la acción

puede ejercitarse, sin que necesariamente equivalga al momento en que acaece el accidente o al del archivo de las actuaciones penales, y concluir finalmente que no puede comenzar a computarse hasta el momento en que adquiere firmeza la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente, que al no ser impugnada judicialmente debe establecerse en la fecha en que transcurren los 30 días de los que disponen las partes para formular reclamación previa contra la misma.

4. - Resulta palmaria la concurrencia de contradicción, puesto que en ambos casos se trata de idéntica situación fáctica y jurídica, esto es, la existencia de una resolución administrativa del INSS que declara al trabajador accidentado en situación de incapacidad permanente, a la que se aquietan todas las partes interesadas sin que ninguna de ellas interponga reclamación previa contra la misma.

Y en esas coincidentes circunstancias, la sentencia recurrida entiende que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha de dicha resolución administrativa, mientras que la de contraste concluye que ha de comenzar a correr cuando ha transcurrido el plazo de 30 días del que disponían las parte para formular reclamación previa.

Aplican de esta forma una diferente doctrina que es necesario unificar, sin que podamos acoger de plano en este momento el alegato de las codemandadas que en sus escritos de impugnación invocan la falta de contenido casacional, para cuya resolución será necesario analizar previamente los criterios jurisprudenciales en esta materia y determinar hasta qué punto pueda considerarse existente una reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre la forma de establecer el dies a quo en supuestos como los que resuelven las sentencias en contradicción.

TERCERO. 1.- Centrados en esos términos el objeto del debate, se trata de decidir cómo debe computarse el plazo de prescripción de la acción para reclamar a la empresa la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, en supuestos como los de autos, caracterizados porque las partes interesadas se aquietan a la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente del trabajador, sin

que ninguna de ellas hubiere llegado a formular reclamación previa contra la misma, ni, en consecuencia, a impugnarla judicialmente.

En lo que debemos empezar indicando que el examen de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia no permite concluir que hayamos tenido la oportunidad de dar una respuesta cierta sobre esa cuestión, ni mucho menos, tan rotunda y reiterada como para acoger el argumento de falta de contenido casacional de la cuestión objeto del recurso que invoca la demandada en su escrito de impugnación, como lo demuestra que el Ministerio Fiscal en su informe aboga justamente por lo contrario y solicita la estimación el recurso para dar acogida al criterio de la sentencia de contraste.

2.- La STS 11/12/2013, rcud.1164/2013 , resume perfectamente la doctrina que con carácter general ha venido a establecer el Tribunal Supremo en esta materia, citando las anteriores SSTs de 10/12/98, rcud 4078/97 ; 12/02/99, rcud 1494/98 ; 06/05/99,rcud 2350/97; 22/03/02,rcud 2231/01; 20/04/04,rcud 1954/03 ; 04/07/06, 834/05; 12/02/07, 4491/05; y 21/06/11, rcud 3214/10 .

Y de la que pueden extraerse los siguientes criterios:

"a).- El plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios atribuibles a la empresa y derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional es -efectivamente- el de un año, previsto en el art. 59.2 ET ; y la fecha inicial para el cómputo de los plazos de prescripción de todas las acciones, según dispone el art. 1968 CC , se inicia desde el momento en que pudieron ser ejercitadas.

b).- Aunque el «dies a quo» para reclamar tal responsabilidad empresarial se sitúa cuando la acción puede ejercitarse, ello no necesariamente equivale al momento en que acaece el AT o al del alta médica en el mismo o en la EP, «que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse»; como tampoco se inicia en la fecha en que se impone el recargo por infracción de medidas de seguridad; en igual forma que los «procesos penales deducidos a consecuencia de un accidente de trabajo, impiden que pueda comenzar a correr el

plazo prescriptivo de la acción sobre reclamación de daños y perjuicios derivada de ese accidente».

c).- En puridad, el plazo «no puede iniciarse hasta que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico». Y cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones padecidas, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, porque la resolución del INSS en vía previa «no fue firme hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo», «pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos»; y «obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta». Y en consecuencia, tal conocimiento -pleno y cabal- solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de IP, que es «cuando el beneficiario conoce cuáles van a ser las consecuencias que las secuelas le van a producir y cuáles los perjuicios que de ellas se van a derivar. Por tanto debe ser el momento de conocimiento de esta resolución el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios».

d).- A mayor abundamiento, esta tesis viene reforzada también por el hecho de que «existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar» por las distintas reclamaciones y que «debe existir también, en principio, un límite en la reparación del daño», de modo que «del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, haya podido percibir el beneficiario y éstas cantidades no son conocidas hasta tanto sea firme la resolución que declara la invalidez del beneficiario, pues antes se ignorarán las cantidades a deducir del total importe de los perjuicios sufridos por el trabajador accidentado» [así, STS SG 02/10/00 -rcud 2393/99; 08/04/02 -rcud 1964/01 -; 03/06/03 -rcud 3129/02 -; y 30/01/08 -rcud 414/07-] .

3.- Con posterioridad han venido a reiterar estos mismos criterios las SSTS dictadas en la misma fecha de 09/12/2015, (rcud. 1918/2014, rcud. 1503/2014 y rcud. 3191/2014).

Resuelven estas sentencias un supuesto de enfermedad profesional, pero la doctrina que establecen es perfectamente trasladable a los accidentes de trabajo a efectos de determinar el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios contra la empresa.

Tal y como así se indica de forma expresa en las mismas, y en coincidencia con lo que acabamos de reseñar, esta acción " sólo puede ejercitarse desde que haya quedado acreditado no sólo el origen de la contingencia -caso de que éste fuera discutido-, sino también desde el momento en que hayan quedado determinadas de manera definitiva la totalidad de prestaciones de Seguridad Social que tengan derecho a percibir, que hayan de ser deducidas y tenidas en consideración para fijar la cuantía indemnizatoria que puede ser reclamada a la empresa demandada ".

Destacando seguidamente que este criterio coincide con la doctrina tradicional de la Sala y encuentra acomodo " en la interpretación legal de los preceptos puestos en cuestión y en la propia jurisprudencia de la Sala. A tal efecto debemos recordar que nuestra más reciente doctrina jurisprudencial (STS/IV 17-febrero-2014, rcud 444/2013) con cita de varios pronunciamientos anteriores de la Sala y de la Sala Primera entiende que: "al ser la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva; de manera que sólo ha de perjudicar a quien -con su inactividad- haya hecho efectiva dejación de sus derechos [así, recientes, con estas palabras u otras similares, recientemente las SSTS de 24 de noviembre de 2010, -rcud 3986/09 -; de 15 de marzo de 2011, -rcud 3772/08 -; de 27 de diciembre de 2011, -rcud 1113/11 -; de 17 de abril de 2013, - rcud 2401/12 -; y de 26 de junio de 2013 (pleno) -rcud 1161/12 -). En este sentido se ha insistido -reproduciendo doctrina civil- en que "la construcción finalista de la prescripción... tiene su razón de ser... en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho", por lo que "cuando la cesación o

abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias". Destaca también esta sentencia que "nuestro Código Civil, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin".

Tras lo que reiteran y ratifican los mismos criterios que ya hemos referenciado en el apartado anterior, y concluyen con una afirmación especialmente relevante para la resolución del presente supuesto, cual es la de que " el inicio del plazo prescriptorio no podía iniciarse hasta que no se dieran dos circunstancias concurrentes: la primera, que existiese resolución firme por la que se declarase que la contingencia de la que derivaba la prestación discutida era profesional, en concreto, derivada de enfermedad profesional; y, la segunda, que también existiese resolución firme que fijase las cantidades que por prestaciones de Seguridad Social tenía derecho a percibir su beneficiario para que dichas cantidades pudieran deducirse del monto global que hubiera que reclamar a la entidad demandada. Por tanto, el "dies a quo" quedó establecido en la fecha de la resolución administrativa que causó estado dictada por el INSS en fecha 16-03-2011 que reconoció que la muerte del causante derivaba de enfermedad profesional".

Finalmente, recogen esos mismos criterios las más recientes SSTs de 16 de febrero de 2016, rcud. 1756/2014, 1 de junio de 2016, rcud. 2527/2014, y 15 de septiembre de 2016, rcud. 3698/2014.

CUARTO.1.- En todas nuestras precitadas sentencias se insiste en destacar que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr hasta que no adquiera firmeza la resolución que definitivamente resuelva sobre las prestaciones de seguridad social a las que tenga derecho el beneficiario, y, en su caso, la contingencia de la que deriven, y queden de esta forma establecidas las cantidades a cargo de la seguridad social que hayan de ser deducidas del total indemnizatorio a reclamar a la empresa

Conforme a esos presupuestos, cuando la resolución administrativa del INSS sea impugnada en vía judicial, ninguna duda cabe que la fecha del dies a quo será la del

momento en el que se agota el proceso con la notificación de sentencia que ponga fin al mismo.

El problema surge cuando no se insta el proceso judicial porque todas las partes se aquietan a la resolución que resuelve el procedimiento en vía administrativa, y no se presenta siquiera reclamación previa contra la misma.

Se trata de establecer en estos casos si el cómputo de la prescripción comienza desde la fecha de la resolución administrativa y su notificación al interesado, o desde el momento en el que transcurre el plazo de 30 días del que disponen las partes para interponer la reclamación previa contra la misma.

2.- Los mismos razonamientos en los que se sostiene la doctrina de esta Sala que hemos recogido en el anterior fundamento de derecho, en la que se sienta el criterio de que hay que esperar a la firmeza de la sentencia que agote el proceso judicial que pudiere haberse seguido frente a la resolución administrativa, son perfectamente extrapolables, por idénticas razones e iguales argumentos, al momento en el que la resolución administrativa deviene firme cuando no es impugnada judicialmente.

El fundamento de nuestra doctrina reside en garantizar que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico, lo que supone la previa determinación de todas las circunstancias y elementos que puedan condicionar el importe de la cantidad objeto de reclamación frente a la empresa, entre los que ya hemos dicho que deben constar la contingencia de la que deriva y las cantidades que por prestaciones de seguridad social tenga derecho a percibir.

De lo que se desprende que igualmente habrá de estarse a la firmeza de la resolución administrativa, en aquellos casos en los que la controversia jurídica no se llegue a judicializar porque se resuelve en la fase administrativa del procedimiento, al aquietarse el interesado a dicha resolución sin formular reclamación previa frente a la misma. En este supuesto, el momento inicial para el cómputo de la prescripción no puede ser otro que el de la preclusión del plazo de 30 días del que disponen las partes

para formular la reclamación previa, porque hasta su agotamiento no adquiere definitivamente estado y deviene firme lo resuelto en la misma.

No hay razones que justifiquen un distinto tratamiento de una y otra situación, y de la misma forma que el plazo de prescripción no comienza a correr hasta la firmeza de la sentencia cuando se impugna judicialmente la resolución administrativa, tampoco puede hacerlo cuando dicha resolución sigue sin adquirir firmeza mientras pende el plazo para interponer la reclamación previa.

3.- Sin que conduzca a un resultado distinto lo que de forma tangencial se dice en la STS de 22 de marzo de 2002, rcud. 2231 / 2001, en lo que se apoya la sentencia recurrida para considerar prescrita la acción, así como las codemandadas en sus respectivos escritos de impugnación para oponerse al recurso.

Aplica esta sentencia la tradicional y reiterada doctrina de este Tribunal que hemos recogido en el anterior fundamento de derecho, para concluir que la acción no se puede considerar nacida antes de que se dictase la sentencia que resuelve definitivamente el procedimiento judicial seguido frente a la resolución administrativa, "pues sólo hasta ese momento se supo con certeza cuales eran la dolencias y secuelas que el actor padece a consecuencia del accidente de autos ", lo que determina que la resolución administrativa no sea firme "hasta que recayó la citada sentencia de la Sala de lo Social, y sólo desde tal firmeza se pudo iniciar el cómputo del referido plazo prescriptivo".

Una vez establecida esa doctrina para declarar que la acción no se encuentra en aquel caso prescrita, desliza un comentario puramente colateral en el que, sin mayor razonamiento y sin invocar otras antecedentes, se dice que "Obviamente, la solución sería otra si la parte se aquietase a la resolución administrativa de la Gestora respecto de la incapacidad reconocida, ya que en tal caso habría que estar el informe propuesta, como también ha declarado esta Sala".

Esta peculiar consideración, que es absolutamente irrelevante para la resolución del aquel asunto, ha venido siendo luego repetida en las demás sentencias de la Sala que

se han limitado a reflejar el tenor literal de aquella anterior sentencia, sin atribuirle en realidad mayor trascendencia jurídica y sin añadir razonamientos adicionales que pudieren llevar a entender que se está con ello fijando un determinado criterio doctrinal.

Estamos de esta forma ante una frase aislada que constituye un simple "obiter dicta", en la medida en que " para resolver el caso examinado en ellas no hacía falta generalizar la solución a supuestos diferentes, sin mayor explicación" (STS 18-12-2015 rcud. 2750), y que al tener esa naturaleza carece de eficacia jurídica como doctrina que la Sala deba respetar, máxime cuando este "obiter dicta" se opone al criterio que reflejan las numerosas sentencias de la Sala que ya hemos referenciado.

Por otra parte, no puede validarse como doctrina correcta la de estar a la fecha del "informe propuesta" cuando no se impugna la resolución administrativa, pues como declara la STS de 1 de junio de 2016, rcud. 2537/2014, que ya hemos citado anteriormente, "El hecho de estar al informe propuesta cabe entenderlo en el sentido de que dicha propuesta es la que establece el marco patológico de la persona accidentada, que, no obstante, como tal propuesta, ha de confirmarse por la autoridad laboral a quien está dirigida mediante la subsiguiente resolución administrativa.", de la igual forma que, con el mismo fundamento, todas nuestras precitadas sentencias ponen de manifiesto que tampoco puede considerarse como dies a quo el de la emisión del alta médica "que expresará el parecer del facultativo que lo emite y cuya comprensión para la generalidad de los beneficiarios será de difícil entendimiento, dados los términos científicos que en tales documentos deben utilizarse", en lo que queremos destacar que la emisión de este tipo de informes médicos no puede prevalecer frente a la seguridad jurídica que garantiza la resolución administrativa que, a la postre, debe hacerlos suyos para convalidar las consecuencias jurídicas que de los mismos se desprendan en orden al reconocimiento de las prestaciones de seguridad social en juego.

A lo que debemos añadir una última consideración. Solo cuando ha transcurrido el plazo para formular la reclamación previa es cuando puede realmente entenderse, aún a posteriori, que la parte se aquieta a su contenido, en tanto aún dispone de la posibilidad de impugnarla si el plazo no ha fenecido, una vez valoradas todas las circunstancias concurrentes y acudido al asesoramiento profesional oportuno.

QUINTO. Conforme a lo razonado, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina ajustada a derecho, lo que conduce a la estimación del recurso, casar y anular la sentencia recurrida y la del juzgado de social que confirma, para devolver las actuaciones a este último órgano judicial al objeto de que dicte una nueva sentencia sobre el fondo del asunto. Sin costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Arcadio, contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 664/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, de fecha 21 de enero de 2015, recaída en autos núm. 42/2014, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a la empresa Asturiana de Fertilizantes, S.A. y HDI Hannover International España Seguros y Reaseguros, S.A., sobre reclamación de cantidad. 2º) Casar y anular la sentencia recurrida, y devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para que dicte nueva sentencia por la que, teniendo por no prescrita la acción ejercitada, se resuelvan las restantes cuestiones planteadas. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- D. Salvador, D.N.I. NUM000, nacido el NUM001-86, está afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 en su condición de trabajador por cuenta ajena de la empresa TALAS, DESBROCES Y CORTAFUEGOS S.L. con un salario diario de 27,676 euros a los efectos de este procedimiento.

SEGUNDO.- Suscribió un contrato de trabajo para obra o servicio determinado en fecha 14-5-13. El trabajo del actor estaba incluido en el sistema especial agrario y la empresa aseguró el riesgo de I.T. con la MUTUA FREMAP por el sistema de jornadas reales, esto es, cotizando sólo las jornadas trabajadas.

TERCERO.- El 11-8-13 sufre un accidente no laboral e inicia un periodo de baja médica. Ese día no figuraba como cotizado por jornada real de trabajo. Desde el inicio de la relación laboral se cotizaron 46 jornadas reales de trabajo.

CUARTO.- Reclama el pago de prestaciones a la Mutua quien lo deniega. Interpone demanda para ante este Juzgado el 4-12-13.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Estimo la demanda interpuesta por D. Salvador contra la empresa TALAS, DESBROCES Y CORTAFUEGOS S.L. a quien condeno a que le abone las prestaciones de Incapacidad Temporal derivada de accidente no laboral como consecuencia de la baja médica ocurrida el 11-8-13 con arreglo a una base reguladora diaria de 27,676 euros. Absuelvo a MUTUA FREMAP, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Talas, Desbroces y Cortafuegos, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), la cual dictó sentencia en fecha 25 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por TALAS, DESBROCES Y CORTAFUEGOS, S.L., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos, en autos número 1361/2013, seguidos a instancia de DON Salvador , contra la recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, en reclamación sobre Invalidez y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Con imposición de costas a la parte impugnante que se fijan en 600 euros.».

TERCERO.- Por la representación de Talas, Desbroces y Cortafuegos, S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencias de contraste para cada uno de los motivos expuestos, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2009 (rcud. 84/2008), así como la dictada por la misma Sala de 8 de mayo de 1997 (rcud. 3824/1996).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 16 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. El recurso de casación para unificación de doctrina de la empresa se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) que confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Burgos estimatoria de la demanda del trabajador.

2. El actor suplicaba el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal derivado de la baja por accidente no laboral de 11 de agosto de 2013, que le había sido denegado por no figurar ese día en situación de trabajo real cotizado.

El trabajador prestaba servicios para la empresa en virtud de un contrato temporal para obra o servicio con jornada pactada de 39 horas semanales, estando afiliado al sistema especial agrario del Régimen General. La empresa cotizaba exclusivamente por jornadas reales, razón por la cual la Mutua deniega el subsidio al acontecer el accidente en una fecha no coincidente con aquellas características.

Tanto para la sentencia de instancia, como para la Sala de suplicación el sistema de cotización no guarda relación con las características del contrato de trabajo celebrado entre las partes, por lo que se imputa a la empresa la responsabilidad en el pago de la prestación.

3. El recurso que ahora se nos plantea se desglosa en dos motivos separados, el primero de ellos denuncia la infracción de los arts. 2 a 6 de la Ley 28/2011, del art. 21 del Decreto 2123/1971 y la OEES 56/2013. Se plantea así la cuestión del derecho a prestación de incapacidad temporal cuando el accidente se produce en un día de inactividad laboral.

4. A fin de apoyar dicho motivo, se aporta, como sentencia contradictoria, la STS/4ª de 13 abril 2009 (rcud. 84/2008).

Se trataba allí del reconocimiento de la incapacidad temporal de quien prestaba servicios en el Régimen Especial Agrario, cuenta ajena, contrato de duración determinada, y causa baja médica en una fecha en que no realizaba actividad. La sentencia entiende que el requisito de estar en situación de prestación efectiva de

servicios en la fecha de la contingencia incapacidad es decisivo, porque cumple, en el Régimen Especial Agrario, la misma función que el requisito del alta en el Régimen general.

5. No es posible apreciar la contradicción entre las sentencias comparadas. Si bien en ambos casos se trata de la incapacidad temporal de trabajadores agrarios por cuenta ajena, derivada de una baja médica que se produce en un momento en que no se estaban prestando efectivamente servicios por parte de los trabajadores respectivamente afectados, lo cierto es que las diferencias normativas provocan un distinto debate.

En el caso presente nos hallamos ante una baja médica acontecida con posterioridad a la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General.

De ahí que en la sentencia de contraste no se analice la Ley 28/2011 de 22 de septiembre -en vigor desde el 1 de enero de 2012-. En dicha normativa se debe acomodar el marco legal de cotización, de suerte que empresario se le concede la posibilidad de cotizar por bases diarias -en función de las jornadas reales realizadas- o por bases mensuales.

Es ésta precisamente la cuestión que constituye el objeto de la controversia en el presente pleito en la medida en que, siendo el trabajador contratado mediante un contrato temporal, la empresa había llevado a cabo la cotización de acuerdo con la primera de dichas modalidades, lo que, para la sentencia recurrida, resultaba inadecuado.

Nada de ello se suscita en el caso de la sentencia de contraste que, al referirse a un supuesto anterior a la integración en el Régimen general, no aborda este aspecto.

6. En suma, el motivo no puede ser admitido por falta de la contradicción exigida en el art. 219.1 LRJS.

SEGUNDO.- 1. En el segundo de los motivos del recurso de la empresa se destina a denunciar la infracción del art. 126 LGSS, para combatir la imputación de responsabilidad del pago de la prestación que se hace en la sentencia recurrida.

2. Se invoca, como referencial, la STS/4ª/Pleno de 8 mayo 1997 (rcud. 3824/1996), con la que tampoco es posible apreciar la concurrencia de las identidades que el citado art. 219.1 LRJS exige para apreciar la imprescindible contradicción.

3. Mientras que en el presente caso, la condena de la empresa trae causa de una insuficiente cotización, al no haber efectuado la misma en la relación al momento en que se incurre en baja médica; la sentencia de contraste se refiere a una prestación de maternidad en un caso en que la empresa se hallaba en descubierto por no estar al corriente en el pago de las cuotas, siendo así que, dado que la trabajadora reunía los requisitos necesarios para causar la prestación, el debate se ciñe a determinar el nivel de gravedad del incumplimiento a fin de determinar si debe la Entidad Gestora asumir el pago de la prestación.

4. Dado que ninguno de los dos motivos del recurso de casación para unificación de doctrina superaba el test de la contradicción, el mismo debió de ser inadmitido y debe ser ahora desestimado, como también propone el Ministerio Fiscal en su informe.

TERCERO.- 1. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, debemos condenar a la parte recurrente al pago de las costas del recurso.

2. Debe asimismo dicha parte ser condenada a la pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo darse a la consignación, que en su caso se hubiere efectuado, el destino legal (art. 228 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Talas, Desbroces y Cortafuegos, S.L. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de fecha 25 de marzo de 2015 (rollo 108/2015) recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos de fecha 24 de junio de 2014 en los autos 1361/2013 seguidos a instancias de D. Salvador contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Fremap Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y la ahora recurrente. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas del recurso y a la pérdida del depósito dado para recurrir, debiendo darse a la consignación, que en su caso se hubiere efectuado, el destino legalmente fijado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de abril de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Bilbao dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandante DOÑA Valentina ha venido prestando servicios para INSTITUTO HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA, con una antigüedad de 12/09/05, categoría profesional profesora de educación infantil y primaria y salario bruto mensual de 2.768,38 euros, con parte proporcional de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- A la relación laboral le es de aplicación el Convenio Colectivo de centros de enseñanza de iniciativa social de la Comunidad Autónoma Vasca (BOPV de 04/08/09). TERCERO.- En fecha 25/06/14 la empresa comunica por

escrito a la trabajadora su despido, con fecha de efectos el 31/08/14. Dada su extensión la carta se da por reproducida. CUARTO.- La demandante ha cursado en la Escuela Oficial de Idiomas los cursos primero, segundo y nivel intermedio 1 de inglés. Asimismo, ha obtenido la declaración eclesiástica de idoneidad en fecha 20/06/03. QUINTO.- La demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal los siguientes periodos: desde el 07/01/14 al 04/03/14 con diagnóstico de mioma de útero y desde el 11/06/14 al 21/07/14 con diagnóstico de trastorno de adaptación con ansiedad. SEXTO.- La trabajadora se ha venido sometiendo a diferentes tratamientos de fertilidad desde el año 2009, habiendo iniciado un ciclo de fertilidad de reproducción asistida en fecha 27/05/14. A la fecha del despido los óvulos fecundados in vitro no habían sido transferidos al útero de la trabajadora. SÉPTIMO.- La empresa conocía que la trabajadora estaba sometida a un tratamiento de fertilidad. OCTAVO.- La directora del Colegio El Salvador Marista de Bilbao DOÑA Ana certifica que el número de trabajadoras del centro sobre 97 trabajadores es de 56 a fecha 31/08/14. NOVENO.- La directora del Colegio El Salvador Marista de Bilbao DOÑA Ana certifica que el número de trabajadoras del centro con hijos es de 38 a fecha 31/08/14. DÉCIMO.- En los centros en los que se imparten los ciclos primero y segundo pueden tener maestros especialistas de educación infantil o técnicos superiores en educación infantil, sin que sea necesario un número mínimo de personal con la titulación de maestro. UNDÉCIMO.- En el curso escolar 2013/2014 se produjo una vacante en educación primaria como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo de duración determinada de DOÑA Celestina, por lo que una maestra de educación infantil, en concreto DOÑA Enriqueta, paso a prestar servicios en educación primaria. DUODÉCIMO.- En el año 2012 los ingresos en la sección infantil-guardería fueron de 239.756,56 euros, el coste de personal ascendió a 272.783,86 euros, a lo que hay que añadir otros costes por valor de 63.839,53 euros, de lo que se obtiene un resultado negativo de -96.866,83 euros. En el año 2013 los ingresos en la sección infantil-guardería fueron de 234.934,46 euros, el coste de personal ascendió a 249.659,59 euros, a lo que hay que añadir otros costes por valor de 56.543,47 euros, de lo que se obtiene un resultado negativo de -71.268,60 euros. En todo caso, la entidad ha mantenido en los dos ejercicios un resultado positivo de explotación. DECIMOTERCERO.- La institución titular del colegio venía solicitando a la dirección del centro la adopción de

medias ante la situación deficitaria de la sección de infantil al menos desde el año 2012. DECIMOCUARTO.- Se da por reproducidos el documento de perfiles competenciales y valoración del profesorado de educación infantil con titulación de maestros, utilizado por el centro para la elección del personal afectado (documento nº 9 del ramo de prueba de la parte de demandada). DECIMOQUINTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal ni sindical. DECIMOSEXTO.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación en fecha 24/09/14 con el resultado de sin efecto. DECIMOSÉPTIMO.- La parte demandada INSTITUTO HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA admitió expresamente la improcedencia del despido».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando la demanda formulada por DOÑA Valentina contra el INSTITUTO HERMANOS MARISTAS DE LA ENSEÑANZA y FOGASA, debo declarar y declaro el despido causado a la demandante como IMPROCEDENTE y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 34.037,74 euros, y sin que procedan salarios de trámite, salvo que la empresa opte por la readmisión, que lo serán desde la fecha del despido objetivo (31/08/14) hasta la notificación de esta Sentencia a razón de 91,01 euros al día. Por último procede absolver al FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de Sentencia».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Valentina ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 21 de julio de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Valentina frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Bilbao, dictada el 7 de abril de 2015 en los autos nº 841/2014 sobre despido, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra el Instituto Hermanos Maristas de la Enseñanza (Colegio El Salvador - Maristas), confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de D^a. Valentina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 22 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 (Recurso C-506/06).

CUARTO.- Con fecha 10 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La representación legal de D^a Valentina ha formulado el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 21 de julio de 2015, recaída en el recurso de suplicación nº 1251/2015, que confirmó la improcedencia del despido que había sido objeto la citada trabajadora y que había establecido la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Bilbao en sentencia de 7 de abril de 2015 .

El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de señalar su procedencia.

2.- Los hechos y circunstancias relevantes, a efectos de la acreditación de la necesaria contradicción que podría permitir a la Sala entrar a resolver el recurso formulado, son -en síntesis- los siguientes: 1) La recurrente venía prestando servicios para el Instituto Hermanos Maristas de la Enseñanza con la categoría de profesora de

educación infantil. 2) La trabajadora fue despedida alegando causas económicas con fecha 25 de junio de 2014 y efectos desde el 31 de agosto de dicho año 2014. 3) La trabajadora había sido sometida a diversos tratamientos de fertilidad desde el año 2009, habiendo iniciado un ciclo de fertilidad de reproducción asistida en fecha 27 de mayo de 2014. A la fecha del despido los óvulos fecundados in vitro no habían sido transferidos al útero de la trabajadora. 4) La empresa conocía que la trabajadora estaba sometida a un tratamiento de fertilidad. 5) En el ejercicio de 2012 la sección infantil-guardería obtuvo un resultado negativo de 96.866,31 euros; y en 2013 dicha sección obtuvo un resultado negativo de 71.268,60 euros. El conjunto de la entidad mantuvo durante esos dos años un resultado positivo de explotación. 6) La demandada admitió expresamente la improcedencia del despido.

Sobre tales circunstancias, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación, tras advertir que, de conformidad con las sentencias del TJUE que citan, la protección que el derecho de la Unión dispensa a la mujer embarazada no alcanza a una trabajadora que, estando sometida a una proceso de fertilización y fecundación in vitro, es despedida cuando aún no han sido implantados los óvulos fecundados en su útero, concluyen en que, aunque existen indicios de que la actuación empresarial pueda resultar discriminatoria por razón de sexo, tales indicios han quedado desvirtuados por la realidad de las causas imputadas en la carta de despido.

3.- Como sentencia de contraste la recurrente propone la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2008 dictada por la Gran Sala en el asunto C-506/06 , que tiene por objeto una petición de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Obester Gerischtshof (Austria) en el procedimiento entre Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Flöckner OHG.

Dicha sentencia dictada a propósito de un pleito sobre despido contemplaba un supuesto que en origen comprendía las siguientes circunstancias: 1) se trataba de una trabajadora que trabajaba como camarera y que había sido sometida a un tratamiento hormonal para facilitar la fecundación. 2) Se le practicó una punción folicular por la que estuvo de baja cinco días entre el 8 y el 13 de marzo de 2005. 3) Con fecha 10 de marzo de 2005, a través de conversación telefónica la empresa la despidió con efectos del día

28 de marzo. 4) En el momento de la comunicación del despido aún no se habían implantado los óvulos fecundados a la trabajadora, implantación que estaba programada para el 13 de marzo, día en que, efectivamente le fueron implantados dos óvulos.

La sentencia referencial concluye declarando, que: a) La Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y, en particular, la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas establecida en el artículo 10, punto 1, de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer. Y b) Los artículos 2, apartado 1 , y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

SEGUNDO.- 1.- El artículo 219.2 LRJS dispone que «Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho

o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado. Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario». De su tenor, tal como ha precisado la Sala en sentencias a las que, posteriormente se hará referencia, resulta que el legislador no ha eximido del requisito de la contradicción cuando se trata de sentencias del TJUE, pero no cabe duda de que, respecto de la misma, se han de aplicar criterios mucho más flexibles ante las mayores dificultades de cotejo, especialmente en el aspecto fáctico (piénsese que en muchos casos los hechos base se encuentran en litigios que se producen en otros países de la Unión a los que resulta aplicable su propio derecho interno, a la vez que el común derecho de la Unión), teniendo presente la finalidad que ha inspirado la introducción de estas sentencias como posibles contradictorias por parte de la LRJS, sin olvidar que la protección que puede otorgar a los derechos fundamentales es únicamente la que está comprendida dentro de su jurisdicción.

Como hemos dicho en nuestra STS de 14/11/2014, dictada en el recurso 1839/2013 (en doctrina reiterada por la STS de 20 de enero de 2015, rec. 740/2014), el último inciso del precepto transcrito puede interpretarse de dos formas. Una sería que se trata de una remisión simple y pura a la prescripción del art. 219.1 LRJS sobre la exigencia de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", igualdad sustancial en el substrato previo a los respectivos fallos (de la sentencia recurrida y de la de contraste) que, como se sabe, se exige con rigor por nuestra jurisprudencia. Pero tal interpretación debe ser rechazada pues conduciría a vaciar de contenido la apertura realizada por el art. 219.2 LRJS cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario. Por eso la interpretación correcta es la que se desprende de la segunda parte del inciso que hemos subrayado: esa igualdad sustancial debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate, de suerte que el derecho

constitucional invocado y eventualmente vulnerado por la sentencia recurrida es el mismo sobre cuyo alcance establece doctrina diversa la sentencia aportada como contradictoria, que en este caso es una sentencia del TJUE.

2.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto que contemplamos conduce, tal como interesa el Ministerio Fiscal, a la apreciación de la concurrencia de contradicción en la medida en que en ambos supuestos se produce una gran similitud fáctica y una total coincidencia en los debates sobre el derecho fundamental en juego ante la lógica ausencia de pretensiones iguales, dadas las especiales características procesales de los instrumentos que dan lugar a las sentencias comparadas (recurso de suplicación en el caso de la recurrida, cuestión prejudicial sobre aplicación del derecho de la Unión Europea en la de contraste). Así, respecto de los hechos, nos hallamos ante situaciones idénticas que contemplan dos despidos producidos sobre trabajadoras sometidas a sendos procesos de fecundación in vitro, despidos que, en ambos casos, se producen, precisamente, una vez fecundados los óvulos pero antes de que se implanten en el útero de las respectivas mujeres.

Por otro lado, en ambos supuestos se discute sobre la declaración judicial que hay que efectuar sobre los respectivos despidos, habida cuenta de que en ambos procesos se pretende la protección de la trabajadora y su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer -materializada en los respectivos casos en el hecho de estar siendo sometida a un tratamiento de fecundación in vitro- respecto de un despido, estando en juego la corrección causal de las respectivas decisiones extintivas como circunstancias excluyentes de la eventual infracción al derecho de la trabajadora a no sufrir discriminación por razón de sexo.

No estamos en presencia de dos supuestos de nulidad objetiva por razón del embarazo. La sentencia recurrida no plantea tal cuestión. La referencial, por su parte, sí la plantea pero no como cuestión única. En efecto, respecto de la nulidad objetiva no asimila la situación de la mujer sometida a fecundación in vitro con la que está embarazada. Pero, sí se pronuncia sobre la ilicitud de un despido producido sobre una trabajadora que está sometida a un proceso de fecundación artificial cuando el despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento.

Y es, en este punto concreto donde radica la contradicción, puesto que en la sentencia recurrida lo que se discute es, precisamente, sobre la licitud o no de tal despido ante un claro panorama indiciario de que la decisión extintiva obedece al hecho de que la trabajadora está siendo sometida a un tratamiento específico de reproducción asistida, por lo que puede haberse producido un panorama discriminatorio para la trabajadora.

TERCERO.- 1.- La recurrente entiende que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 14 CE, así como el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores , preceptos que cita expresamente. Sostiene que se debe fijar como discriminatoria la situación de la mujer que se somete a un tratamiento de fertilización y que es despedida justo antes de la implantación del embrión en el útero porque, a pesar de que es cierto que no está técnicamente embarazada, por un lado se deduce que lo habría estado de tener éxito el tratamiento que estaba siguiendo y, por otro lado, el despido de la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro ya puede ser discriminatorio por vulneración del derecho a la igualdad. Denuncia también que se infringió lo preceptuado en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como los artículos 96 y 179.2 LPL (hay que entender que se quiere expresar LRJS) así como el artículo 217.5 LEC.

2.- El recurso no trata de proyectar la normativa vigente sobre nulidad de los despidos de la mujer en situación de embarazo, salvo que fueran procedentes, pues parte de la aceptación de la doctrina contenida en la sentencia referencial según la que las Directivas allí citadas deben interpretarse en el sentido de que no se aplican a una trabajadora sometida a una fecundación in vitro cuando, en el momento en que se le notifica el despido, ya ha tenido lugar la fecundación de los óvulos de esta trabajadora con los espermatozoides de su pareja, de modo que existen óvulos fecundados in vitro, pero éstos no han sido aún transferidos al útero de la mujer. Lo que el recurso plantea, en coherencia con el segundo de los asertos de la sentencia referencial, es que habiéndose acreditado indicios suficientes de que el despido de la trabajadora podría estar relacionado con su sometimiento a un tratamiento de fertilidad corresponde al

demandado aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

3.- En ese sentido, el dato del que hay que partir ineludiblemente es que la sentencia de instancia, en decisión ratificada expresamente en los fundamentos jurídicos de la sentencia de suplicación, aquí recurrida, considera que "existen los indicios necesarios para trasladar a la empresa la obligación probatoria, a la cual le corresponderá demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas a la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, en concreto que no corresponde a discriminación por razón de sexo". Dicho en palabras de la norma (artículos 96.1 y 181.2 LRJS) le corresponderá al demandado "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", lo que sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, tratar de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio.

Si adopta la primera de las posibilidades se enfrentará a una cuestión meramente probatoria; en cambio, si la actitud adoptada por el demandado es la segunda, esto es la justificativa, se encontrará en el plano de la calificación jurídica de la conducta, de modo que, aunque habrá de aportar hechos que demuestren la verdad de sus afirmaciones y la concurrencia de determinadas circunstancias, en ningún caso se deberán confundir dichas pruebas con las alegaciones jurídicas -necesarias en todo caso- de las razones atendibles que justifiquen la existencia de la desigualdad. Así, en relación a lo dispuesto en los preceptos mencionados hemos señalado que han establecido dos principios básicos: en primer lugar, dispone que la carga de la prueba de los hechos en que se fundamente la demanda o la causa de pedir incumbe al actor; sin embargo, el texto procesal no exige una prueba cumplida y concluyente de haberse producido la violación del derecho fundamental, conformándose con la constatación de indicios de tal violación. Al demandado le incumbe probar, una vez que se hayan constatado los indicios de la violación denunciada, bien que la vulneración del derecho no guarda

relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental en cuestión. (STS de 5 de diciembre de 2000, rec. 4374/1999).

4.- No resulta baladí que al referirse a la actividad del demandado, el tenor literal de la ley califique la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad de "suficientemente probada". Con ello se quiere poner de relieve que al demandado no le basta con suscitar en el juez dudas en torno al carácter justificado de la medida, sino que éste ha de declararla justificada cuando esté convencido, en grado de certeza de tal justificación. Así lo exige el propio Tribunal Constitucional que en una acción sobre despido ha declarado que «la pretensión del demandante en favor del despido discriminatorio debe quedar invalidada si el juzgador laboral, a la vista de la actividad probatoria del empresario demandado, aprecia de forma inequívoca la existencia de hechos ciertos, que aún sin constituir causa legal de justificación del despido, fueron los que le indujeron a tal decisión, hechos que el Magistrado debe reconocer como únicos causantes del despido y como ajenos a todo propósito discriminatorio» (STC 114/89, de 22 de junio). El mismo Tribunal Constitucional (STC 101/2000) ha señalado, refiriéndose a la normativa que nos ocupa, que la disposición legal supone en este punto la transposición de nuestra reiterada jurisprudencia, según la cual y una vez alegados por el trabajador indicios razonables de la lesión invocada, corresponde al empresario probar que el despido «respondía a causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que

tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador» (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, sintetizando los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria y recogiendo abundantes decisiones de este Tribunal en el mismo sentido).

CUARTO.- 1.- La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa revela claramente que la demandada no acreditó que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora. Así, la empresa en ningún momento intentó justificar la procedencia del despido lo que podría haber eliminado cualquier sospecha de comportamiento discriminatorio; antes bien al contrario, ya en la instancia reconoció expresamente la improcedencia del despido que había efectuado a la trabajadora. Tal reconocimiento cuyos efectos procesales en el plano de un despido ordinario podrían ser perfectamente entendibles, no lo eran cuando de lo que se trataba era de dejar patente que en la actuación empresarial existía una justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva adoptada; justificación que necesariamente tenía que estar "suficientemente probada" por mandato de la propia ley, lo que resulta objetivamente imposible en un supuesto, como el de autos, en el que la empresa reconoce paladinamente la improcedencia del despido, esto es, reconoce que su decisión extintiva no era ajustada a derecho. Mal puede sostenerse que una actuación no ajustada a derecho -reconocida así por su propio autor- constituya una justificación razonable y objetiva de la cuestionada decisión extintiva que, además, resulte proporcionada en función de las circunstancias concurrentes. Antes bien, el despido producido, precisamente por su carácter ilícito, no cumple con la exigencia legal que excluya el móvil discriminatorio ante un claro panorama indiciario de vulneración del principio de igualdad denunciado por la trabajadora.

2.- Ocurre, además, que ninguna de las circunstancias que se ponen de relieve en la sentencia recurrida y en el escrito de impugnación del recurso pueden considerarse como justificaciones excluyentes del carácter discriminatorio del despido que dejen patente que la medida extintiva adoptada era -según exige la ley- objetiva, razonable y proporcional, ante la incuestionable evidencia de la ilegalidad de la decisión extintiva

reconocida por la empresa y declarada por la sentencia recurrida. La propia carta de despido no se refiere expresamente a la existencia de causas económicas que motivan el despido, sin cifrar cantidad alguna, por más que mencione la necesidad de reducir el déficit en las aulas de niños de menos de dos años. El déficit de la sección infantil-guardería -aun importante- hay que ponerlo en conexión con la existencia de resultados positivos en la explotación global. Y el hecho de que más de la mitad de la plantilla sean trabajadoras y gran parte de éstas sean madres con hijos tiene que ver muy tangencialmente con los indicios discriminatorios que se sustentan en el sometimiento de la trabajadora a reiterados tratamientos de fertilidad desde el año 2009 y, finalmente al ciclo de reproducción asistida que coincide temporalmente con la decisión extintiva.

3.- Procede, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, lo que comporta resolver el debate de suplicación estimando el recurso de tal clase y declarando la nulidad del despido con los efectos legalmente anudados a tal declaración de readmisión y abono de los correspondientes salarios de tramitación, sin que proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Valentina, representada y asistida por el letrado D. Javier Albóniga Ugarriza. 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 21 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación número 1251/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Bilbao, de fecha 7 de abril de 2015, recaída en autos número 841/2014, seguidos a instancia de D^a. Valentina, contra la Congregación religiosa "Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza", Entidad Titular del "Colegio el Salvador Maristas"; y Fogasa, sobre Despido. 3.- Resolver el debate de suplicación estimando el recurso de tal clase y, en consecuencia, declarar la nulidad del despido de que fue objeto la trabajadora D^a. Valentina, condenando a la Congregación religiosa "Instituto de los Hermanos Maristas de la Enseñanza", Entidad Titular del "Colegio el Salvador. Maristas" a su inmediata readmisión en su puesto de

trabajo y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta que tenga lugar la notificación de la presente. 4.- No efectuar pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE FEBRERO 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social número 1 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que, desestimando las pretensiones de la demanda relativas al despido y estimando en parte las correspondientes a la reclamación de cantidad, condeno a Luis Pablo a abonar a Carolina la cantidad de 4.462,70 euros, más el interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

La representación de D. Luis Pablo, solicitó la aclaración de dicha sentencia que fue resuelta por auto de 29 de enero de 2014, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: «Acuerdo acoger el recurso examinado y excluir el devengo de los intereses legales del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del importe de 4.462,70 euros reconocidos en la sentencia a favor de la actora».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora prestaba servicios profesionales como empleada de hogar en el domicilio del demandado desde el día 04.10.90, percibiendo un salario mensual neto, sin prorrateo de pagas extraordinarias, de 700,00 euros.

2º.- La actora inició situación de incapacidad temporal el día 13.06. 12 (partes de baja y confirmación adjuntos a la demanda), que persistía a la fecha de interposición de la demanda, 10.08.12, según se desprende de las manifestaciones de su hecho segundo: "Que desde el día 13 de junio me encuentro en situación de I.T".

3º.- La actora no ha ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

4º.- Mediante burofax impuesto el día 25.06.12, notificado el día siguiente, la parte demandada remitió a la actora carta del siguiente tenor:

«Por la presente le comunicó mi voluntad expresa de DESISTIR del contrato de fecha 04/10/1990, dando por resuelta la relación laboral con efectos desde el próximo 30/06/2012 cumpliendo así el período de preaviso pactado y abonando la diferencia. En cumplimiento de lo establecido en el art. 11.3 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, pongo a su disposición, en este mismo acto, la suma de 3.832,70 euros, en concepto de indemnización legal por el desistimiento, suma equivalente al salario de 7 días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades, así como la suma de 841,22 euros, en concepto de liquidación. Pudiendo pasarse a recibir su liquidación, indemnización y finiquito, desde el día de hoy, al domicilio familiar, viéndome en la obligación de consignar las cantidades de no personarse a cobrar en el plazo de 48 horas. »

5º.- La parte actora presentó papeleta de conciliación previa a la vía jurisdiccional el día 06.07.12, celebrándose sin avenencia el intento conciliatorio el 26.07.12. En este acto, la parte demandada ofreció a la actora el importe de 4.673,92 euros, por los conceptos del desistimiento: indemnización y liquidación. La actora rechazó el ofrecimiento.

6º.- La actora reclama en la demanda 700,00 euros del salario de junio de 2012, 350,00 euros en compensación de las vacaciones devengadas y no disfrutadas en el mismo año, y 350,00 euros de la paga extraordinaria de verano de 2012, por importe total de 1.400,00 euros. En la papeleta de conciliación previa pedía 1.260 euros, en que incluye la prestación de incapacidad temporal del 13 al 30 de junio.

7º.- La actora ha percibido el importe de 350,00 euros en concepto de media paga extraordinaria de junio de 2012 (doc. 7 de la parte demandada, reconocido de contrario). Descontando ese importe, la parte demandada reconoce adeudar 4.461,99 euros por los conceptos de indemnización derivada del desistimiento y liquidación.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada Doña. MARIA DEL CARMEN GARCIA GARRIDO, en nombre y representación de Doña. Carolina, contra la sentencia de fecha 11/11/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid en sus autos número Despidos/Ceses en general 967/2012, seguidos a instancia de Doña. Carolina frente a D. Luis Pablo, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia de instancia. Sin hacer expresa declaración de condena en costas.»

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Olmos Fernández, en representación de Dª Carolina, mediante escrito de 25 de marzo de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de abril de 2013. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 11.3 y 4 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 13 de octubre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia

de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Habiendo transcurrido el plazo concedido a las recurridas personas para la impugnación del recurso sin haberlo verificado, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate.

La cuestión central sobre la que se discute versa sobre la calificación del acto extintivo realizado por el empleador en un supuesto de empleo doméstico. Se trata de precisar si la falta de efectiva puesta a disposición de la indemnización comporta que el pretendido desistimiento (art. 11.3 RD 1620/2011) se transforme en despido.

1. Antecedentes relevantes.

A) Reproducidos más arriba los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Social y rechazado por la Sala de suplicación el intento de rectificarlos, ahora basta con destacar los que enmarcan el litigio:

La trabajadora es empleada de hogar en el domicilio del demandado desde 1990. El 13 de junio de 2012 inicia incapacidad temporal (IT).

El 25 de junio de 2012 el empleador le remite burofax comunicando su "voluntad expresa de DESISTIR del contrato", con efecto del día 30 posterior.

El referido escrito expone que "en cumplimiento de lo establecido en el art. 11.3 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre , que regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, pongo a su disposición, en este mismo acto, la suma de

3.832,70 euros, en concepto de indemnización legal por el desistimiento, suma equivalente al salario de 7 días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades, así como la suma de 841,22 euros, en concepto de liquidación".

Finalmente, el empleador indica a la trabajadora que puede "pasarse a recibir su liquidación, indemnización y finiquito, desde el día de hoy, al domicilio familiar, viéndome en la obligación de consignar las cantidades de no personarse a cobrar en el plazo de 48 horas".

B) Fracasada la conciliación administrativa, la actora reclama diversas cuantías adeudadas y la calificación del acto extintivo como despido. En su demanda indica que "de la simple lectura de la carta se desprende que debe ser calificada de despido improcedente habida cuenta de las manifestaciones que se realizan carentes de sentido".

C) La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid, fechada el 11 de noviembre de 2013 , complementada mediante Auto de 29 de enero de 2014, pone fin al procedimiento en la instancia.

Su Fundamento Segundo advierte que constituye variación sustancial de la papeleta de conciliación y de la demanda la alegación respecto de que el desistimiento no es válido por falta de puesta a disposición de la indemnización correspondiente al mismo. Por tanto "debe tenerse por no efectuada esa variación sustancial" que colisiona con los arts. 80.1. c y 85.1 LRJS . Ello es así "tanto respecto de la introducción de hechos nuevos relevantes para la resolución del pleito como porque, sobre esos hechos, modifica la parte actora el elemento causal del pleito o causa de pedir".

Su Fundamento Segundo considera que tampoco prosperaría la pretensión sobre despido improcedente "aun adoptando como hipótesis que aquellas alegaciones hubieran sido oportunamente hechas por la parte actora". Considera la sentencia que existe un impedimento claro que impide poner a disposición de la trabajadora el importe indemnizatorio (su situación de IT).

La sentencia concluye "desestimado las pretensiones de la demanda relativas al despido" y estimando en parte las demás (condenando al empleador a abonar 4.462,70 euros).

D) Disconforme con la referida sentencia, la trabajadora presenta recurso de suplicación articulado en un motivo para revisión fáctica y tres por infracción de diversos preceptos.

2. Sentencia recurrida.

A) La STSJ Madrid 11190/2014, de 15 de diciembre (rec. 427/2014) desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora; su fallo concluye afirmando que "debemos confirmar y confirmamos en su integridad la sentencia de instancia".

B) El primero de los motivos del recurso de suplicación persigue la introducción de un hecho probado conforme al cual la papeleta de conciliación sí advertía la falta de puesta a disposición de la indemnización propia del desistimiento.

La sentencia rechaza lo pretendido porque de la citada Papeleta de Conciliación no se infiere de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable la existencia de error alguno en el Juzgador de instancia.

C) Respecto de los motivos de fondo, se pasa revista a las normas aplicables del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, sobre empleados de hogar (arts. 10.2, 11.3 y 11.4). Examina el escrito extintivo ("no ofrece ninguna duda sobre la voluntad del empleador de desistir") y los hechos acaecidos para concluir que el empleador "puso a disposición de la empleada del hogar la indemnización legal y fue ésta la que ni acudió al domicilio familiar a recibir los citados emolumentos en metálico, ni aceptó el posterior ofrecimiento".

3. Recurso de casación unificadora.

El 25 de marzo de 2015 registra la actora su recurso de casación para la unificación de doctrina. Viene articulado en motivo único, denunciando la infracción de

los apartados 3 y 4 del art. 11 del RD 1620/2011, de 14 noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Insiste en la existencia de despido improcedente, por la falta de puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea a la comunicación de la voluntad de desistir. Subraya que en ningún momento ha habido entrega material de la indemnización a la trabajadora, ni siquiera verdadero intento (como hubiera sido acudir a su domicilio).

4. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 18 de febrero de 2016, la representante del Ministerio Fiscal considera que el recurso debe desestimarse, por falta de contradicción entre las sentencias contrastadas.

5. Preceptos relevantes para el caso.

A) Tanto el recurso cuanto la sentencia recurrida toman como eje de sus razonamientos las previsiones del Real Decreto 1620/2011, de 13 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Su Disposición Transitoria Primera prescribe que la norma se aplica "a los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor", aunque "la cuantía de la indemnización prevista a la finalización del contrato por desistimiento conforme al artículo 11.3, se aplicará a los contratos que se concierten a partir de la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto".

B) Respecto del desistimiento por parte del empleador, el art. 11.3 prescribe que "deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa".

Asimismo, ese apartado dispone que "simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización, que se abonará íntegramente en metálico, en cuantía equivalente al salario

correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades”.

C) Conforme al artículo 11.3 "se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento, con la aplicación de las consecuencias establecidas en el apartado 2, cuando, en la comunicación de cese que realice, haya incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del apartado anterior, o bien no se ponga a disposición del trabajador la indemnización establecida en el párrafo tercero de dicho apartado, con carácter simultáneo a la comunicación.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no supondrá que el empleador ha optado por el despido, sin perjuicio de la obligación del mismo de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta”.

D) Finalmente, el artículo 11.2 dispone que "El despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades.

Los supuestos de incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirán el mismo efecto descrito en el párrafo anterior para los casos de despido improcedente”.

E) Asimismo, dados los términos en que se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Social reseñada, interesa recordar el tenor de dos preceptos procesales. El artículo 80.1.c) LRJS prescribe que la demanda debe consignar la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas.

En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

Por su lado, el artículo 85.1 LRJS disciplina el acto de celebración del juicio, especificando que el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial.

6. Doctrina de la Sala.

Las SSTs 5 de junio 2002 (rec. 2506/01) y 27 junio 2008 (rec. 2235/2007) albergan doctrina pertinente para el caso. Aplica la anterior regulación (Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, regulador de la relación especial del servicio de hogar familiar), pero su contenido es similar a la vigente (la recién expuesta del RD 1620/2011) sobre desistimiento y despido. Allí se sostiene que el desistimiento lleva consigo un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida; tales exigencias no aparecen, en la letra de la ley, como un requisito de sustancia (*ad solemnitatem*); pero, o bien el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente (*facta concludentia*). Lo que desde luego debe rechazarse, se repite, es que el empleador se limite a decir a la empleada que se marche, y que sea ésta la que tenga que adivinar qué hay tras esas palabras: un despido o un desistimiento; y además, si piensa que es un despido, probarlo suficientemente.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Como queda expuesto, la cuestión controvertida consiste en determinar si en las circunstancias expuestas (escrito manifestando voluntad de desistir, empleada en situación de IT, invitación a retirar la cantidad pasando por el lugar de trabajo) estamos ante un desistimiento o ante un despido improcedente.

Tanto por exigencia legal cuanto por advertencia del Ministerio Fiscal, hemos de comenzar comprobando la concurrencia del presupuesto procesal de la contradicción entre sentencias contratadas. Solo en caso de que abracemos una respuesta afirmativa podremos examinar el acierto de las diversas interpretaciones que se postulan sobre el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, aplicando los criterios de nuestra doctrina salvo que hubiere motivo para alterarlos.

1. Alcance de la contradicción exigida a efectos del recurso de casación.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013) , 18/12/2014 (R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Conviene reiterar la doctrina sobre la falta de contenido casacional que tienen las cuestiones relativas a los hechos declarados probados y su revisión por error. En este sentido la Sala ha señalado con reiteración que "la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba [sentencias de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 17 de abril de 2002 (R. 2890/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), y 29 de mayo de 2007 (R. 429/2006)], pues "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta (sentencia de 9 de febrero de 1.993 (R. 1496/1992), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), 29 de mayo de 2007 (R. 429/2006), 2 de julio de 2007 (R. 1251/2006), 25 de septiembre de 2007 (R. 1909/2006), 25 de septiembre de 2007 (R. 3137/2006), 5 de diciembre de 2007 (R. 3071/2006), 5-12-2007 (R. 1928/2004), 17 de junio de 2008 (R. 67/2007), 30 de junio de 2008 (R. 1385/2007), 30 de junio de 2008 (R. 2639/2007), 17 de julio de 2008 (R. 2929/2007), 15 de diciembre de 2008 (R. 178/2008), 29 de enero de 2009 (R. 476/2008), 23 de febrero de 2009 (R. 3017/2007), 1 de junio de 2010 (R. 1550/2009), 5-12-2011 (R. 905/2011) y 5 de marzo de 2013 (R. 4280/2011)".

Puesto que no basta con la existencia de doctrinas opuestas entre las sentencias comparadas por cada motivo del recurso, hemos de examinar si las diferencias entre ambas son relevantes hasta el extremo de impedir la oposición y contraste que este recurso unificador exige.

2. La STSJ Cataluña 2483/2013, de 8 abril.

A) La sentencia de contraste (STSJ Cataluña 2483/2013 de 8 de abril) aborda supuesto de empleada de hogar que comienza trabajando "por horas" y pasa a hacerlo a tiempo completo posteriormente. Son hechos relevantes los siguientes:

La actora causa baja médica el 10/01/2012, estando en ese momento embarazada de 9 semanas y 3 días.

Ese mismo día el empleador le remite burofax comunicándole que da por extinguida la relación por desistimiento con efectos del día 29/01/2012, y que pone a su disposición la indemnización legal correspondiente.

B) El Juzgado de lo Social declara nula la extinción del contrato, atendido el embarazo de la trabajadora.

C) La sentencia referencial recalca que no ha habido en el caso una real y efectiva puesta a disposición de la indemnización, lo que comporta que se esté ante un despido y que el mismo merezca la calificación de improcedente, que se torna en nulidad ("objetiva") como consecuencia del embarazo de la trabajadora. Por tanto, desestima el recurso de suplicación del demandado porque el art. 11.3 RD 1620/2011 exige como requisito ad solemnitatem para el desistimiento empresarial que se realice una efectiva y simultánea puesta a disposición de la indemnización debida a la trabajadora, de suerte que en el supuesto analizado debe calificarse aquella unilateral decisión resolutoria como constitutiva de despido.

3. Consideraciones generales.

A) Similitud aparente.- Una primera visión del asunto examinado basta para comprender la relativa similitud de lo debatido en ambos casos. En ambos casos termina un contrato de servicio del hogar familiar por libre decisión del empleador; también en los dos el desistimiento se realiza sin la entrega simultánea de la indemnización; en fin, las trabajadoras demandantes se encuentran en situación de baja por incapacidad temporal.

Las sentencias comparadas llegan a soluciones distintas. La recurrida argumenta que la voluntad de desistir está clara, que hay puesta a disposición y que la trabajadora debió acudir al domicilio del demandado para cobrar la indemnización. La de contraste

considera que la entrega efectiva de la indemnización es una carga del empleador cuyo incumplimiento determina necesariamente la existencia de despido.

B) Calificación del despido.- Desde esa perspectiva de semejanzas podría pensarse, como hace el recurso, que carece de relevancia el que la sentencia referencial desemboque en la calificación del despido como nulo (por la condición gestante de la empleada despedida) mientras que en el presente caso solo se ha postulado, y así se sigue haciendo, la existencia de un despido improcedente.

Constituyendo el embarazo de la trabajadora una diferencia obvia y relevante desde la óptica de la protección frente al despido, lo cierto es que a efectos del debate sobre si ha habido desistimiento o despido bien puede neutralizarse tal circunstancia, de modo que no impida el contraste.

C) Puesta a disposición de la indemnización.- Más complejidad surge cuando se observa que la sentencia recurrida afronta su decisión a partir del presupuesto de que ha habido efectiva puesta a disposición de la indemnización (" en atención a las específicas circunstancias que se constatan por la Sala habremos de entender que el empleador puso a disposición de la empleada de hogar la indemnización legal y fue ésta la que ni acudió al domicilio familiar a recibir los citados emolumentos en metálico, ni aceptó el posterior ofrecimiento de su empleador "). Por el contrario, la sentencia de contraste parte de " la reconocida ausencia de una efectiva y simultánea puesta a disposición de la indemnización debida".

Como es sabido, el recurso de casación para la unificación de doctrina ni permite revisar los hechos que han sido declarados probados, ni puede descender al examen de la valoración que de las pruebas practicadas hayan efectuado los órganos jurisdiccionales. La finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso» [SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12), 10 enero 2017 (rec. 1670/2014)].

Desde la óptica de la contradicción entre sentencias que ahora examinamos, se trata de obstáculo importante, pero no insalvable. Aunque no podemos revisar los hechos declarados probados, sin embargo, sí es posible que valoremos la trascendencia de aquello que la sentencia recurrida da como cierto. La imposibilidad de revisar los hechos declarados como probados no impide que esta Sala determine la trascendencia que los mismos poseen, como advierten, por ejemplo, las SSTS 2 junio 2000 (rec. 311/1999) o 14 marzo 2001 (RJ 2001, rec. 2623/2000). Si se piensa que, a efectos de la contradicción, debe prevalecer lo que se ha considerado como probado, no la valoración que de ello se realiza, también puede obviarse este aparente obstáculo al análisis del fondo del recurso.

4. Consideraciones específicas.

A) Reiteradamente hemos advertido que no cabe impugnar a través del recurso de casación para unificación de doctrina aquello que adquirió firmeza en la instancia por no haber sido objeto del recurso de suplicación. Como recuerdan la STS 13 febrero 2013 (rec. 2854/2011) y las muchas que cita, la alegación de una cuestión nueva es incompatible con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación, y, concretamente, en la esfera del recurso de casación para la unificación de doctrina; todo motivo formulado en este recurso, que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva, dado que la identidad, a efectos de la contradicción exigida en el art. 217 LPL, se produce a partir de la controversia en suplicación, en cuanto el término de referencia en el juicio de contradicción es una sentencia que al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente en el recurso de suplicación. Esto es, cabalmente, lo acaecido.

B) La sentencia del Juzgado reprocha a la demandante que ha introducido una cuestión nueva, ajena a la papeleta de conciliación y a la demanda. A partir de ahí, descarta que pueda examinarse la incorrección del desistimiento desde la perspectiva de que la indemnización no había sido puesta a disposición de la trabajadora.

El recurso de suplicación articula un primer motivo tendente a demostrar que la papeleta de conciliación, mediante anotación manuscrita, sí advertía de esa falta de

puesta a disposición. Pero ninguna protesta o intento de rectificación se lleva a cabo respecto de la discordancia entre lo pedido por la demanda y lo expuesto en el acto del juicio acerca de la falta de puesta a disposición de la indemnización.

C) Lo anterior implica que, aunque hubiese prosperado la revisión fáctica instada ante la Sala del TSJ de Madrid, queda sin combatir un dato trascendente: el Juzgador de instancia entiende que en el acto de juicio se estaba introduciendo un hecho nuevo (la falta de puesta a disposición del monto indemnizatorio), por cuanto que la demanda lo silenciaba.

La sentencia de instancia considera que la introducción novedosa en el acto del juicio del hecho relativo a la falta de la puesta a disposición de la indemnización y la utilización de este hecho como fundamento de la pretensión de que la extinción contractual sea calificada como despido improcedente constituye una variación sustancial evidente vulnerando los arts. 80 1 c) y 85.1 LRJS, aunque a mayor abundamiento valorara después, para descartar el despido, el que la actora no acudiera al domicilio en donde prestaba servicios para cobrar la indemnización ofrecida y que correspondía con la que era legalmente procedente.

D) Que el recurso de suplicación pretendiera ampliar el relato fáctico para hacer constar que la papeleta de conciliación mencionaba que el empleador había incumplido la puesta a disposición, no empece al hecho de que posteriormente en su demanda no mencionara esta causa de pedir el despido. La demanda omite cualquier mención a la falta de puesta a disposición y centra su pretensión en que "las manifestaciones que se están realizando en la carta de desistimiento del empleador son absolutamente inciertas como acreditaremos en el momento procesal oportuno: debe en consecuencia declararse la improcedencia del despido de conformidad con los preceptuado en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores".

Y el recurso de suplicación no postula la corrección de lo manifestado en la sentencia de instancia acerca del silencio observado en la demanda sobre la ausencia de puesta a disposición, por lo que queda firme. Tampoco se introduce ningún motivo de recurso postulando la aplicación indebida de los arts. 80 y 85 LRJS: De este modo: la

sentencia de instancia queda firme en el aspecto referido a que no puede introducirse en el debate procesal la conversión del desistimiento en despido como consecuencia de que no se haya puesto a disposición la indemnización. El Ministerio Fiscal apunta que, de ese modo, la causa excluyente de la calificación de desistimiento queda firme.

E) En la sentencia de contraste no ha sucedido nada de lo expuesto. Los objetos litigiosos poseen contornos heterogéneos y, por tanto, desde la perspectiva del art. 219.1 LRJS quiebra la preceptiva contradicción de "hechos, fundamentos y pretensiones". Mientras que en este caso la falta de puesta a disposición no constituye un hecho que pueda examinarse como integrado en la pretensión (Juzgado de lo Social), en la de contraste tal cuestión está inédita.

F) Si bien se mira, las sentencias contrastadas no se contradicen en la doctrina respecto de las consecuencias que posea el desistimiento cuando no se pone a disposición la indemnización. Lo que hacen es valorar de modo diverso la conducta del empleador y de la empleada cuando el desistimiento se produce estando la relación laboral suspendida como consecuencia de incapacidad temporal. Lo que sucede es que no podemos entrar en esa cuestión porque lo impide la ausencia del presupuesto procesal de la contradicción.

TERCERO.- Desestimación del recurso.

A) Resumamos lo expuesto respecto del caso recurrido: 1) El Juzgado aprecia variación sustancial de la demanda por introducir en el juicio el hecho causante de que el desistimiento se transforme en despido; ese pronunciamiento no se combate en suplicación. 2) La STSJ confirma el fallo de instancia (desistimiento), entendiendo además que se ha puesto a disposición de la trabajadora la indemnización del desistimiento; la empleada se encuentra en IT, se le ofrece acudir al domicilio familiar (no lo hace) y rechaza la oferta en conciliación.

B) Del mismo modo, recapitulemos lo que afecta a la sentencia de contraste: 1) No se plantea problema sobre variación sustancial de la demanda; el Juzgado considera que no hay puesta a disposición y, como la trabajadora está embarazada, el despido se

convierte en nulo. 2) La STSJ confirma el fallo de instancia; rechaza que se haya puesto a disposición la indemnización, estando de baja la trabajadora y manifestando el escrito de desistimiento que se le ofrece el pago.

C) Las sentencias comparadas no son contradictorias. La vulneración de los arts. 80.1.c y 85.1 LRJS es materia ajena a la sentencia de contraste. Las consideraciones expuestas, y los razonamientos precedentes, nos llevan a declarar -de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal- que entre las sentencias sometidas a comparación no media la exigible contradicción. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTS 04/11/14 -rcud. 2679/13 -; 11/11/14 -rcud. 2246/13 -; y 18/11/14 -rcud. 1858/13).

D) Fracasa de este modo el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Carolina , representada y defendida por la Letrada Sra. Olmos Fernández, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de diciembre de 2014, en el recurso de suplicación nº 427/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid , en los autos nº 967/2012, seguidos a instancia de dicha recurrente contra D. Luis Pablo , sobre despido. 2) Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3) No realizar imposición de costas, ni adoptar previsión especial respecto de consignaciones o depósitos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ENERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social número 10 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que desestimando la demanda interpuesta por IBERMUTUAMUR frente a la empresa PIZZERÍA OLI SL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y frente al trabajador DON Pedro Jesús, declaro la exención de responsabilidad de la empresa PIZZERÍA OLI SL en el pago de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido el día 15.11.2009 por el trabajador Don Pedro Jesús, y por tanto, absuelvo a los demandados de la acción frente a los mismos ejercitada>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << 1º.- El trabajador DON Pedro Jesús con DNI nº NUM000, sufrió un accidente de trabajo el 15.11.2009 cuando prestaba servicios para la empresa PIZZERÍA OLI SL la cual tenía concertada las contingencias profesionales con IBERMUTUAMUR Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (Folio nº 75 y 117 a 119 de autos).- 2º.- A consecuencia del accidente el trabajador causa baja médica desde el 15.11.2009 hasta el 03.03.2010 causando alta por curación.- El trabajador percibió el subsidio de IT de la Mutua a razón de 36,54 euros/día, así como la asistencia sanitaria requerida.- (Folios nº 77 a 100, 115, 116 de autos).- 3º.- IBERMUTUAMUR el 30.04.2012 presenta ante la Dirección Provincial INSS escrito con valor de reclamación previa solicitando el reintegro de los gastos de asistencia sanitaria (5522,49 euros) así como de la prestación de incapacidad temporal abonada (2631,36 euros) anticipados y la declaración de responsabilidad empresarial de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo sufrido por el trabajador arriba citado, con la obligación de reintegro a la Mutua del importe que anticipó.- 4º.- La Dirección

Provincial del INSS dictó resolución el 28.05.2012 indicando que la responsabilidad del INSS será efectiva, en todo caso, cuando el alcance de dicha responsabilidad se declare por sentencia y asimismo se dicte Auto mediante el cual el juzgado declare insolvente al responsable directo de la prestación (Folio nº 56 y 57 de autos).- 5º.- Las cantidades asumidas por IBERMUTUAMUR por el accidente de trabajo de ascienden a: 8153,85 euros.- prestación de IT abonada en pago delegado: 2.631,36 euros.- asistencia sanitaria prestada: 5.522,49 euros.- (Folios nº 66 a 71 de autos).- 6º.- PIZZERIA OLI SL mantiene los siguientes descubiertos en el pago de cuotas: - año 2008: desde agosto a diciembre.- año 2009: meses de enero a junio y desde septiembre a diciembre.- año 2010: de enero hasta abril y desde y de julio a diciembre.- año 2011: la totalidad de los 12 meses.- La empresa con posterioridad al hecho causante del accidente de trabajo ha liquidado las deudas por cotizaciones que mantenía con la TGSS, sin perjuicio de ello, los meses de julio, agosto y septiembre de 2009 están datados como créditos incobrables (Folio nº 54, 55 y 65 de autos).- 7º.- Mediante carta de 11.05.2011 IBERMUTUAMUR reclamó a PIZZERIA OLI SL, el pago de los gastos derivados del accidente de trabajo sufrido por D. Pedro Jesús (Folios nº 72 a 74 de autos.>>.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa IBERMUTUAMUR, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 274, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de MADRID, de fecha 11 de diciembre de 2013, en autos nº 850/2012, en virtud de demanda formulada por IBERMUTUAMUR, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 274, contra el INSS, la TGSS, la empresa PIZZERIA OLI SL y D. Pedro Jesús, en materia de Accidente de Trabajo -Imputación de responsabilidad en la prestación-, y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Ibermutuamur el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2009.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2015, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 17 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Se plantea por la Mutua recurrente en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina el problema del alcance que haya de tener la eventual responsabilidad de la empresa empleadora del trabajador que sufrió un accidente de trabajo en fecha 11 de noviembre de 2009, y por el que estuvo en IT hasta el 3 de marzo de 2010, cuando existen determinados descubiertos, entendiendo la recurrente que en este caso eran relevantes y determinaban la necesidad de vincular como única responsable de esa contingencia a la empresa incumplidora, que dejó de abonar las cotizaciones correspondientes al trabajador de agosto a diciembre de 2008 (cinco meses), de enero a junio de 2009 (seis meses) y de septiembre a diciembre de 2009; periodos discontinuos liquidados parcialmente a la Tesorería con posterioridad al accidente, junto con otros periodos posteriores al mismo.

2.- Tal y como hemos anticipado, el trabajador accidentado prestaba servicios para la empresa "Pizzería Oli, S.L." cuando el 15 de noviembre de 2009 sufrió un accidente de trabajo, como consecuencia del que recibió asistencia y prestaciones por IT

de la Mutua recurrente, hasta el 3 de marzo de 2010, fecha del alta por curación. La empresa tenía cubiertas las contingencias de accidente de trabajo con la Mutua Ibermutuamur, apareciendo los descubiertos en el abono de las cotizaciones especificados en el párrafo anterior, a los que se añadirían en el año 2010 los meses de enero a abril y de julio a diciembre y en el 2011 la totalidad de los doce meses, apareciendo también acreditado que posteriormente al accidente la empresa ha liquidado sus deudas con la TGSS salvo los meses de julio, agosto y septiembre de 2009 que se han declarado como créditos incobrables.

3.- La Mutua planteó demanda para que se reconociera esa responsabilidad empresarial exclusiva en el accidente y se condenara a la empresa - subsidiariamente al INSS-TGSS- al abono de las prestaciones por IT abonadas (2631,36 euros) y por la asistencia sanitaria (5522,49 euros), desestimándose tal pretensión en la sentencia del Juzgado número 10 de los de Madrid, en la que se afirmaba la responsabilidad de la Mutua en el pago de las prestaciones y la exoneración de la empresa en esa responsabilidad.

4.- Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2014 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina desestimó el recurso interpuesto por la Mutua y confirmó la decisión de instancia, razonando para ello, con cita de la STS de 21/01/2014, (rec. 2885/2012) y las que en ella se contienen, que "... el accidente sufrido por el trabajador del que trae causa el procedimiento, provocó su baja desde el 15 de noviembre de 2009 hasta el 3 de marzo de 2010; el hecho probado sexto declara que los descubiertos mantenidos por la empresa comprenden desde el año 2008 al año 2011 y que en el periodo que abarca desde que ocurrió el accidente hasta el alta (2009 a 2010) los descubiertos son considerables alcanzando la casi totalidad del año. La empresa con posterioridad al hecho causante del accidente de trabajo ha liquidado las deudas por cotizaciones que mantenía con la TGSS.

De conformidad con la doctrina expuesta para que opere la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización, la misma tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que

la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido, lo que no ha sucedido en autos, pues la empresa procedió a la regularización de las cotizaciones en descubierto aunque lo fuese con posterioridad al hecho causante; la solución contraria conllevaría en palabras de la jurisprudencia a sancionar dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad, que no se justifica en el marco de la relación de protección) con vulneración del principio "non bis ídem", cuya proyección constitucional reconocen las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981 y 159/1985".

SEGUNDO.- 1.- En el recurso de casación para la unificación de doctrina que plantea Ibermutuamur frente a la referida sentencia se denuncia como infringido el artículo 126.1 y 2 LGSS, en relación con el art. 94 y ss. del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 16 de diciembre de 2009, en el recurso 650/2009.

Tanto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones como el Letrado de la Seguridad Social en su escrito de impugnación ponen de manifiesto que, en su opinión, la sentencia recurrida contiene unos hechos diferentes a los que sirvieron de base a la sentencia de contraste, razón por la que no se cumple el requisito de contradicción que exige en el art. 219 LRJS la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones para la viabilidad del recurso y para que esta Sala entre a determinar la doctrina que resulte ajustada a derecho.

2.- Tal y como va a verse enseguida, tiene razón ambos en esa afirmación; en la sentencia de esta Sala que se invoca como contradictoria es cierto que se aborda también un supuesto de responsabilidad empresarial por descubiertos en las cotizaciones de un trabajador -futbolista profesional-- que sufrió un accidente de trabajo resultando lesionado mientras jugaba un partido el 15 de abril de 2004, y que como consecuencia de ello fue declarado finalmente en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, imputándose a la Mutua en la sentencia de instancia y en la de suplicación las responsabilidades derivadas de esa contingencia. Sin embargo,

la sentencia de esta Sala invocada como contradictoria llegó a una conclusión diferente y estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina declaró la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación, sin perjuicio del anticipo por parte de la Mutua.

3.- En esa sentencia se lleva a cabo un detenido estudio de la doctrina unificada por la Sala en materia de responsabilidad empresarial por descubiertos en los supuestos de accidente de trabajo, y se recuerda que:

"Los descubiertos que dan lugar a la responsabilidad empresarial y eliminan la de la (Mutua Patronal) son aquellos que se pueden considerar como un abandono rupturista y voluntario de la obligación de cotizar tomando en consideración la situación existente al tiempo del accidente" (STS de 15 de enero de 2008 -rcud. 3964/2006).

Respecto de la ponderación de la duración del incumplimiento, la STS de 16 de mayo de 2007 (rcud. 4263/2005), dictada por el Pleno de la Sala, decidió a favor de la Mutua recurrente en un caso en el que el descubierto era de más de año y medio anterior al accidente. Pero ha de matizarse que, tal y como recordábamos en la STS de 30 de septiembre de 2008 (rcud. 3535/2006) en relación a las responsabilidades que pueden derivarse del accidente de trabajo, "la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la citada responsabilidad está en función de la duración de los descubiertos, pero en atención al período de seguro correspondiente al trabajador afectado, de forma que no solo haya de atenderse a la duración del incumplimiento, sino primordialmente en proporción al período de aseguramiento y a su relación de inmediatez temporal con el accidente, siendo así que los únicos descubiertos a tener en cuenta son los anteriores al accidente, pues la responsabilidad empresarial sólo puede estimarse derivada de la actuación empresarial previa a la producción del accidente y no de cualquier actuación posterior (SSTS 22/02/01 - rcud 3033/00 -; 24/03/01 - rcud 794/00 -; 20/01/03 - rcud 4490/01-; 16/05/07 - rcud 4263/05 -; y 15/01/08 - rcud 3964/06)".

Recuerda también la STS de 26 de febrero de 2008 (rcud. 2341/2006) que "la sentencia de la Sala de 24 de marzo del 2001 (rcud. 794/2000) sostiene que "de la anterior doctrina se desprende que es también la fecha del accidente la que ha de tenerse

en cuenta a la hora de determinar la relevancia o incidencia que hayan de tener los descubiertos en el abono de las cuotas de la Seguridad Social sobre la fijación de responsabilidades en este orden". Habiendo reiterado estos pareceres las sentencias de 22 de febrero del 2001 (rec. 3033/2000) y 26 de junio del 2002 (rec. 2661/2001)".

"Los incumplimientos a tener en cuenta para valorar la existencia de dicha responsabilidad empresarial, determinados por la jurisprudencia en defecto de la «fijación de los supuestos de imputación y de su alcance» anunciada en la Ley General de la Seguridad Social, son únicamente los producidos antes del acaecimiento del accidente laboral y no los posteriores " (STS de 16 de mayo de 2007, antes citada)".

La sentencia invocada de contraste después de consignar las líneas generales de la jurisprudencia de la Sala en la materia, lleva a cabo seguidamente un análisis del caso allí analizado y concluye que la falta de cotización durante, al menos, 25 meses consecutivos merece ser adjetivada como relevante y objetivamente grave y justifica la exigencia de responsabilidad a la que se refiere el art. 126.2 LGSS (al abarcar un extenso periodo anterior al accidente de 15 de abril de 2004), sin que quepa en este caso analizar una eventual moderación por la vía de la proporcionalidad, que sí se ha venido utilizando en los supuestos de contingencias comunes.

4.- Como puede verse, la intensidad del incumplimiento resulta relevante para determinar la existencia de esa "voluntad rupturista" o de incumplimiento que exige la jurisprudencia para acoger el desplazamiento de la responsabilidad hacia la empresa, alejándonos de la exigencia de que ese incumplimiento tenga una trascendencia en la relación jurídica de protección, que tiene su proyección directa en aquellas prestaciones que derivan de contingencias comunes o que exigen un periodo determinado de cotización en el que habrían de incidir los descubiertos.

5.- En estos casos en los que se trata de accidente de trabajo será entonces esa intensidad la que determine la existencia de esa responsabilidad, y para analizar entonces si el alcance de la responsabilidad resulta comparable a efectos de unificar doctrina, tales incumplimientos habrán de resultar semejantes para poder ser comparados.

Precisamente eso es lo que no ocurre en el caso que resolvemos, en el que la comparación entre la sentencia recurrida y la de contraste carece de la necesaria homogeneidad en los hechos, desde el momento en que la sentencia recurrida se refiere a un supuesto en el que los descubiertos anteriores al accidente alcanzan a un periodo de 5 meses en el año 2008 y un total de 8 meses no consecutivos en el 2009, datos de los que la sentencia recurrida extrae la ausencia de esa voluntad rupturista e incumplidora en la relación de aseguramiento.

Por el contrario, en la sentencia de contraste se aprecia la existencia de esos incumplimientos voluntarios y rupturistas en el hecho de que la empresa dejó continuadamente de cotizar durante, al menos, los 25 meses anteriores al hecho causante, al momento del accidente de trabajo, situación en absoluto comparable con la que se abordó en la sentencia de contraste.

En consecuencia, al no cumplirse los requisitos que exige el art. 219 LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, debió acogerse la falta de contradicción como causa de inadmisión del mismo, lo que en este trámite se ha de convertir en causa de desestimación del recurso, lo que implica, según lo razonado, que haya de confirmarse la sentencia recurrida, habrán de imponerse las costas a la parte recurrente, decretándose también la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por IBERMUTUAMUR, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 274, contra la sentencia de 24 de noviembre de 2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación número 265/2014. 2º) Confirmar la sentencia recurrida que desestimó el recurso interpuesto frente a la sentencia de 11 de diciembre de 2013 dictada en autos 850/2012 por el Juzgado de lo Social número 10 de Madrid seguidos a instancia de Ibermutuamur contra D. Pedro

Jesús, Pizzeria Oli, S.L., el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Ministerio de Trabajo e Inmigración sobre responsabilidad en el pago de prestaciones. 3º) Se condena en costas a la Mutua recurrente y a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 5 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º .- La actora, de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como agricultora, inició en fecha 27-11-2007, un proceso de incapacidad temporal por carcinoma en mama izquierda ductual infiltrante estadio T2. El 06-04-2012 se acordó por el INSS, Director Provincial de A Coruña, el alta médica con fecha de efectos de 14-4-09, tras habersele otorgado en fecha de 12-1-09 la prórroga por un máximo de 6 meses, una vez agotada la duración máxima de 12 meses el 27-11-08 y ello con base en la propuesta de resolución del E.V.I. de 2-4-09, en el que consta como limitaciones orgánicas y funcionales: "no finalizado el proceso terapéutico". Formulada por la actora reclamación administrativa previa a la demanda judicial, por resolución de 20-5-09 se desestimó, con base en el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, reunido el 15-5-09. La Inspección Médica expresó el 20-5-09 su discrepancia con el alta médica emitida por la entidad gestora sobre la base del Informe del Médico de Atención

Primaria, que reflejaba el 19-5-09 que la paciente continuaba a tratamiento oncológico y al mismo tiempo lo sigue por fibromialgia y depresión».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando en parte la demanda interpuesta por doña María Inmaculada contra las demandadas, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, con absolución de la TGSS por falta de legitimación pasiva, condeno a las otras demandadas a estar y pasar por la siguiente declaración: se anula el alta médica de fecha de efectos de 14-4-09 de la demandante, debiendo reponerse y mantenerse a la demandante en situación de I.T., con los efectos asistenciales y prestacionales correspondientes desde tal fecha, en tanto no concurra una de las causas legales que generen la extinción o suspensión del derecho».

Con fecha 2 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela dictó auto, en Ejecución de Títulos Judiciales 263/2013, en el que se consignaron los siguientes antecedentes de hecho:

«1º.- Por medio de escrito de 4 de julio de 2013 por la parte ejecutante se promovió la ejecución de la sentencia de 5 de diciembre de 2012 .

2º.- Conferido traslado del mismo a las ejecutadas han manifestado su oposición a la misma».

En dicho auto aparece la siguiente parte dispositiva: «Acordar el archivo de la presente ejecución. Estimar parcialmente la oposición a la ejecución».

SEGUNDO .- El citado auto fue recurrido en suplicación por la representación letrada de D.^a María Inmaculada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 12 de junio de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la ejecutante, contra el auto de fecha 2 de diciembre de 2013,

dictado por el Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela, en autos 263/13, confirmamos el auto recurrido».

TERCERO.- Por la representación letrada de D.^a María Inmaculada se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13 de julio de 2015. Se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, en fecha 23 de mayo de 2012 (RCUD. 2405/2011). La recurrente denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 131 bis 2 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Con fecha 16 de noviembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la procedencia del presente recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. - La cuestión que se suscita en el recurso de casación unificadora afecta a los términos en que haya de ser ejecutada la sentencia del Juzgado de lo Social dictada en procedimiento de impugnación de alta médica, en la que se declaró el derecho de la actora a seguir en situación de incapacidad temporal en tanto no concurra causa legal para su extinción o suspensión.

2. - Por ser datos especialmente relevantes para la solución final que vamos a aplicar, hemos de destacar los siguientes: a) la demanda de impugnación de alta médica se interpone en fecha 7 de julio de 2009; b) la sentencia del Juzgado se dicta el 5 de

diciembre de 2012 , y acertadamente se indica que es firme porque no cabe recurso contra la misma; c) mediante escrito de 4 de julio de 2013 insta la parte actora su ejecución; d) en auto de 2 de diciembre de 2013 se desestima esa petición y se acuerda el archivo de la ejecución, por más que - indebidamente, como luego veremos-, se señala que cabe contra recurso de suplicación; e) frente a ese auto formaliza la demandante el recurso de suplicación que es desestimado en la sentencia de la Sala Social de Galicia de 12 de junio de 2015, rec.829/2014 , contra a la que se formula el presente recurso de casación unificadora invocando como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012, rec. 2405/2011.

SEGUNDO. 1. - Como recuerda nuestra sentencia de 31 de mayo de 2016, rec. 3180/2014, "Con independencia de que en el caso de autos concurra sin duda la contradicción en los términos exigidos por el art. 219 LRJS, estamos ante una cuestión de orden público que afecta a la competencia funcional de la Sala de suplicación y por ende a la propia viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y a la competencia de este Tribunal Supremo, que puede por ello analizarla de oficio sin necesidad de que concurra la contradicción y sin quedar vinculado por la decisión que se haya adoptado a tal efecto en suplicación, en la medida en que "este recurso unificador únicamente procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación..." (SSTS/Sala IV de 9 de marzo de 2016 (rec.- 3559/2014) 3 de febrero de 2016 (rec.- 2279/2014), 11 de septiembre de 2015 (rec.- 2873/2014) 12 y 14 mayo 2015 (recs.- 2664/2014 y 82/2014), entre otras muchas).

2.- De lo que se desprende que es innecesario examinar si entre la sentencia recurrida y la de contraste concurre la sustancial identidad en hechos, fundamentos y pretensiones que requiere el art. 219.1 LRJS para que el recurso de casación unificadora sea viable.

TERCERO.1.- En sentencia de 25 de febrero de 2016, rcud. 3721/2014, ha tenido ya esta Sala ocasión de pronunciarse sobre la cuestión relativa a la imposibilidad

de interponer suplicación contra los autos dictados en ejecución de la sentencia recaída en el procedimiento de impugnación de altas médicas que regula el nuevo art. 140 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tras su entrada en vigor modifica radicalmente la anterior situación legal en esta materia.

2. - Como en la misma decimos, la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social entró en vigor el 11 de diciembre de 2011 y en su Disposición Transitoria Segunda establece: "Las sentencias y demás resoluciones que pongan fin a la instancia o al recurso, dictadas a partir de la vigencia de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella, en cuanto al régimen de recursos y demás medios de impugnación contra las mismas, así como en cuanto a su ejecución provisional y definitiva".

Ya hemos dicho que la sentencia del Juzgado de lo Social es de fecha 5 de diciembre de 2012, con lo que el régimen jurídico de aplicación al recurso que pudiere proceder contra la misma se rige por la nueva normativa legal.

3.- El artículo 191.2.g) LRJS dispone que no procederá recurso de suplicación "en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador", y en el mismo sentido el art. 140.3.c) reitera que no tiene recurso la sentencia que se dicte en el procedimiento de impugnación de alta médica.

En aplicación de estas previsiones legales se hizo constar correctamente en la sentencia del juzgado que era firme.

Por su parte, el art. 191.4.d) LRJS admite la suplicación en determinadas circunstancias frente a los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los dictados en ejecución de sentencias firmes, pero " siempre que la sentencia hubiere sido recurrible en suplicación", condicionando con ello a esta circunstancia la viabilidad del recurso.

Al contrario de lo que acertadamente se indicó en la sentencia, en el auto dictado en ejecución se señala que contra esa resolución cabe recurso de suplicación.

Manifestación que no vinculaba a la Sala de Suplicación pese a lo que nada se dice sobre este particular en la sentencia recurrida.

TERCERO. 1. - Es claro entonces que aquel auto dictado en ejecución de la sentencia firme recaída en procedimiento de impugnación de alta médica no admite recurso de suplicación, lo que impide que podamos ni tan siquiera entrar en el análisis del recurso de casación de unificación de doctrina y obliga a declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto del juzgado de lo social de 2 de diciembre de 2013 del que trae causa la sentencia recurrida.

2. - Y como igualmente advertimos en nuestra precitada sentencia, sin que esto suponga modificar la doctrina que en esta materia hemos reiterado en la sentencia de contraste y en las de 23-11-11 Rec. 1422/11, 7-12-11 Rec. 1499/11, 6-2-12 Rec. 1995/11, 21-2-2012 Rec.2492/14 y 1-3-12 Rec. 2265/11, en las que concluimos que tras el agotamiento del período máximo de 545 días en situación de IT, si el trabajador continua necesitando asistencia sanitaria e impedido para el trabajo, se ha de examinar su estado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, abonándole las prestaciones de IT hasta su calificación, aun cuando se declare que su estado no es constitutivo de incapacidad permanente. La ejecución de la sentencia dictada que condena al abono de la prestación de IT hasta la concurrencia de causa legal de extinción ha de ser interpretada en el sentido anteriormente señalado.

CUARTO. Todo lo expuesto, nos lleva a declarar- oído el Ministerio Fiscal-, la nulidad de la sentencia recurrida y la de las actuaciones posteriores al auto del juzgado de lo social recurrido en suplicación, sin que haya lugar a la imposición de costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DÑA. María Inmaculada contra la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2015, rec. 829/2014, declaramos la nulidad de las actuaciones posteriores a la notificación del auto del Juzgado de lo Social 2 de Santiago de Compostela de 2 de diciembre de 2013, dictado en ejecución definitiva de la sentencia de 5 de diciembre de 2012 recaída en procedimiento de impugnación de alta médica a instancia de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA GALLEGA, y declaramos la falta de competencia funcional de aquella Sala para conocer del recurso de Suplicación interpuesto, declarando la firmeza de aquel auto del juzgado. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la DEMANDA interpuesta por la Mutua MUTUALIA contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra el Sr. Edemiro y contra la empresa CAF S.A. declarando la responsabilidad del pago del INSS exclusivamente de la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida en su día al Sr. Edemiro , debiendo estar y pasar las

partes por esta declaración, condenando a las entidades gestoras a que procedan a reintegrar a la Mutua MUTUALIA el importe ingresado por esta entidad por el capital coste de renta en la cuantía de 407.471,39 euros.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- Que D. Edemiro, nacido el NUM000 de 1942, vino prestando servicios para la empresa CAF S.A. desde el día 25 de julio de 1967 hasta el día 8 de junio de 2007, teniendo dicha empresa protegida con la Mutua la cobertura de las contingencias profesionales únicamente para las prestaciones de invalidez, muerte y supervivencia por la contingencia de accidente de trabajo, siendo la empresa auto aseguradora de la Incapacidad temporal por contingencias profesionales.

2º.- Que el día 10 de marzo de 2010 se dictó resolución por el INSS por la que se reconocía al Sr. Edemiro afecto de una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional al sufrir un mesotelioma maligno, por haber estado expuesto al amianto cuando trabajaba para la empresa CAF S.A. con derecho al percibo de una prestación económica consistente en el 100% de la base reguladora de 3.198 euros, doce veces al año, con efectos desde el día 25 de enero de 2010, declarando la responsabilidad del pago a la Mutua MUTUALIA.

3º.- Que por resolución de la TGSS, se acordó requerir a la Mutua Mutualia el pago del importe del capital coste de renta de la pensión por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional reconocida al Sr. Edemiro por importe de 407.471,39 euros, que fue objeto de ingreso por MUTUALIA el día 25 de enero de 2010 a favor de la TGSS.

4º.- Que el INSS mediante resolución de fecha 12 de noviembre de 2013, acordó desestimar la reclamación administrativa previa interpuesta el día 3 de octubre de 2013 por MUTUALIA frente a la resolución dictada en el expediente NUM001 por la que se establecía la responsabilidad de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y que en consecuencia se procediere a exonerar a la Mutua

de toda responsabilidad, y que se acordase por parte de la TGSS a la devolución del capital coste de renta ingresado por la Mutua por importe de 400.698,31 euros.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 10 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSS, frente a la Sentencia de 7 de Noviembre de 2014, del Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia, en autos nº 1202/13, revocando la misma en el sentido de que los efectos declarados en la sentencia han de retrotraerse a la fecha de 3 de julio de 2013, confirmando el resto de pronunciamientos.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, las respectivas representaciones del INSS, la TGSS y Mutua Mutualia interpusieron los recursos de casación para la unificación de doctrina, que se formalizaron mediante escritos fundados en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Rioja de fecha 12 de noviembre de 2013 (rec. suplicación 200/13) alegada en el recurso del INSS y la TGSS, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 16 de diciembre de 2014 , (rec. suplicación 2233/14) alegada en el escrito de Mutua Mutualia.

QUINTO.- Se admitieron a trámite ambos recursos, y tras ser impugnados por las partes recurridas, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que el recurso del INSS y la TGSS debe ser declarado procedente, y el recurso formulado por Mutua Mutualia debe ser desestimado. Se señaló para la votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1- El Juzgado de lo Social número 3 de Donostia-San Sebastián dictó sentencia el 7 de noviembre de 2014 , autos número 1202/2013, por la que

estimando la demanda formulada por MUTUA MUTUALIA, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Edemiro, y la empresa CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES "CAF", declara la responsabilidad del pago del INSS exclusivamente de la pensión de incapacidad permanente absoluta reconocida en su día a D. Edemiro, debiendo estar y pasar las partes por esta declaración, condenando a las Entidades Gestoras a que procedan a reintegrar a la Mutua MUTUALIA el importe ingresado por esta entidad por el capital coste de renta en la cuantía de 407.471, 39 euros.

Consta en dicha sentencia, que el beneficiario de la pensión prestó servicios para CAF SA, desde el año 1967 hasta el 8 de junio de 2007, época en que MUTUALIA cubría las contingencias profesionales. El 10 de marzo de 2010 el trabajador fue declarado por el INSS en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional por mesotelioma maligno, procediendo la Mutua a requerimiento del INSS a constituir el correspondiente capital coste de la pensión. El 3 de octubre de 2013 MUTUALIA formuló reclamación al INSS interesando que se le exonerase de responsabilidad en el pago de la pensión y se procediera a la devolución del capital coste ingresado en su día.

2.- Recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS, la sentencia recurrida, dictada por el TSJ País Vasco de 10 de marzo de 2015 (rec. 196/2015), argumenta que no es exigible responsabilidad a la Mutua tras la entrada en vigor de la Ley 51/2007 en cuanto a prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional declaradas con posterioridad al 1 de enero de 2008, pero contraída en periodos en los que la cobertura de esta situación incapacitante correspondía exclusivamente al INSS y la TGSS. No obstante la sentencia estima la pretensión subsidiaria y declara que los efectos económicos de la devolución serán de tres meses anteriores a la solicitud de la Mutua, por aplicación del art. 43.1 párrafo segundo de la LGSS, confirmando el resto de pronunciamientos.

3. -Contra dicha sentencia recurren en casación para la unificación de doctrina, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA

GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, articulando dos motivos de censura jurídica en los que denuncia la infracción del art. 43 LGSS por aplicación indebida, el art.9.3 de la Constitución Española en cuanto que establece el principio de seguridad jurídica, el art. 71 de la LRJS, y art. 71 de la derogada LPL, en relación con los arts. 56 y 57 de la L 30/1992 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas en relación con el art.106 del mismo cuerpo legal, así como la doctrina del Tribunal Constitucional expresada entre otras en la STC 40/2014 de 11 de marzo .

Se plantea la cuestión relativa a si las resoluciones del INSS reconociendo unas prestaciones por enfermedad profesional y declarando responsable de su abono una Mutua, son susceptibles de impugnación y revisión en vía judicial una vez que aquellas han adquirido firmeza administrativa por no haber sido recurridas en tiempo y forma. y que no procede la devolución del capital coste, puesto que la cuestión que se formula es si una vez determinado mediante resolución administrativa firme la responsabilidad de una mutua en el pago de la prestación ya ingresado el capital coste se puede solicitar el reintegro o rescate del capital coste en supuestos como los contemplados en los números 1 y 2 del artículo 71 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, es decir, cuando no se produce a consecuencia de sentencia firme que anule o reduzca la responsabilidad de la Mutua o de la empresa declarada por resolución administrativa, o cuando consecuencia de revisiones por mejoría del estado invalidante profesional o de la extinción de prestaciones por muerte y supervivencia por causas distintas al fallecimiento del beneficiario o al cumplimiento del periodo o edad límite para su percepción, o si por el contrario como se establece en la sentencia recurrida es posible tal rescate.

También se interpone por la Mutua MUTUALIA recurso de casación para la unificación de doctrina, con un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 126.1 LGSS, en relación con el art. 68.2.a) de la misma Ley, y la incorrecta aplicación del art. 43.1 también de la citada Ley.

Se aportan como sentencias contradictorias: Por el INSS y la TGSS, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 12 de noviembre

de 2013, recurso número 200/2013. Y por Mutua Mutualia, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de diciembre de 2014 (rec. 2233/2014).

Los recursos son respectivamente impugnados por las partes, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el recurso formulado por el INSS y la TGSS ha de ser declarado procedente, y el formulado por la Mutua Mutualia ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- 1.- Procede en primer el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste invocada por el INSS y la TGSS, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el, 12 de noviembre de 2013, recurso número 200/2013 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de La Rioja, de fecha 25 de junio de 2013, autos 954/2012, promovidos por la Mutua de Accidentes de Trabajo IBERMUTUAMUR frente a las entidades recurrentes, Doña Adoracion y la empresa Hijos de Francisco Estancona SA, revocando la sentencia impugnada y desestimando la demanda formulada.

La sentencia entendió que, aunque en el ámbito de la seguridad social, es jurisprudencia reiterada que el transcurso del plazo establecido en el artículo 71 de la LPL sin interponer demanda (o sin que ésta siga su curso por desistimiento) no produce la caducidad del derecho sino sólo la caducidad de la instancia, que puede ser reiniciada en momento posterior (STS 03/03/1999, recurso 1130/98), sin embargo entiende la Sala que esa doctrina "en modo alguno puede universalizarse a todos los actos de la Administración Institucional de la Seguridad Social hasta el punto de reducir a la esterilidad los plazos de impugnación jurisdiccional de tales actos" (como así indica la sentencia, citada por la recurrente, del TSJ de Aragón de 22/11/2000, recurso 910/1999), y cabe de aquella jurisprudencia deducir que la misma queda referida

sustancialmente a los beneficiarios de las prestaciones y a su derecho al reconocimiento de las mismas, pero no alcanza a supuestos, como el enjuiciado, totalmente ajeno a dichos condicionantes, pues en él no se insta un reconocimiento del derecho a una prestación (o a los elementos de la misma) por su beneficiario, sino que lo pretendido es la extinción de una obligación impuesta por la resolución administrativa firme por quien además no tiene la condición de beneficiario, como es el caso de una Mutua de Accidentes, en quien, a diferencia del beneficiario, no se puede suponer o intuir que tenga dificultad en el conocimiento y defensa de sus intereses en la materia de Seguridad Social que constituye el objeto de su actividad. Por lo cual en este caso ha de concluirse que esa firmeza de la resolución administrativa despliega toda su eficacia e impide que, en cuanto acto firme y consentido y no dotado de nulidad de pleno derecho, sea dejado sin efecto mediante lo que no constituye sino una extemporánea impugnación judicial del mismo.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de demandas formuladas por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a la que, por resolución del INSS, se le ha imputado responsabilidad en el abono de prestaciones derivadas de enfermedad profesional, sin que haya procedido a impugnar dicha resolución y procede, posteriormente, a reclamar frente a aquella resolución antes de que haya prescrito el derecho. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida estima dicha reclamación, la de contraste la desestima.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

En ambos supuestos (sentencia recurrida/sentencia de contraste), las Salas razonan sobre si puede reabrirse la vía judicial cuando existiendo una resolución del INSS que declara la responsabilidad de las Mutuas, éstas se aquietan, y sin embargo, tiempo después, se vuelve a plantear la cuestión relativa a su responsabilidad. Es cierto

que en el supuesto de la sentencia recurrida la Sala fundamenta su decisión de forma elaborada en relación con lo dispuesto en la Ley 30/1992 y no así en la de contraste, pero teniendo en cuenta que la prolija argumentación de la sentencia recurrida lleva a la conclusión de la aplicación del art. 71 LRJS y por lo tanto la posibilidad de reabrir la vía administrativa, por lo que en realidad podría considerarse que existe identidad en los fundamentos de ambas sentencias.

TERCERO.- 1.- El INSS y la TGSS recurrentes alegan como infringidos por la sentencia recurrida el art.43 LGSS, art. 9.3 CE, los arts. 56, y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, art. 71.4 LRJS, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras, en la STC 40/2014 de 11 de marzo, dictada al resolver la cuestión de inconstitucionalidad 932/2012 (BOE de 19-04-2014).

Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por dos sentencias de esta Sala, adoptadas en Pleno, ambas de 15 de junio de 2015, correspondientes a los recursos 2648/2014 y 2766/2014.

2.- La sentencia de 15 de junio de 2015, recurso 2648/2014 contiene el siguiente razonamiento: "1.- Hemos de partir de la base de que conforme a muy pacífica - hasta la fecha- doctrina de la Sala, el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad. Así lo viene entendiendo unánimemente la doctrina jurisprudencial desde la STS 07/10/74 Ar. 3903, dictada en interés de ley, y en la que se entendió que la indicada caducidad limita sus efectos a cerrar un procedimiento individualmente considerado y no afecta a las acciones para reivindicar los derechos de Seguridad Social objeto del expediente "caducado", que pueden promoverse de nuevo en cualquier momento siempre que la acción no haya decaído por el transcurso del tiempo, puesto que resulta inadmisibles que el incumplimiento de un plazo preprocesal puedan comportar la pérdida de acción para

hacer valer un derecho sustantivo cuya prescripción se determina por años (así, entre otras muchas anteriores, 19/10/96 -rcud 3893/95-; 21/05/97 -rcud 3614/96-; 03/03/99 -rcud 1130/98-; 25/09/03 -rcud 1445/02-; y 15/10/03 -rcud 2919/02-).

Y esta doctrina -como con acierto destaca el Ministerio Fiscal en su bien argumentado informe- se ha positivizado en el art. 71.4 de la vigente LRJS , a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... ».

2.- Ahora bien, en lo que ya no coincidimos con el citado Organismo público, es en su afirmación de que la claridad del precepto referido y el principio de legalidad impiden «acoger, por irrazonable, la desigualitaria interpretación ofrecida por la sentencia referencial», puesto que ni el precepto ni la jurisprudencia tradicionales, en ningún momento limitan «la posibilidad de reiniciar la reclamación previa a los beneficiarios de las prestaciones ni impide utilizar la misma a las entidades colaboradoras». Y nuestra discrepancia se sustenta en las siguientes consideraciones:

a).- En primer lugar, no ha de perderse de vista que la previsión del referido art. 71.4 LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [arts. 56 y 57 LRJAP /PAC], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrida en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [art. 28 LJCA]. Y si se excepciona de tal consecuencia a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia [desde la citada resolución en interés de Ley], muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores -frente a su desconocimiento legal- no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre; 14/1985, de 1/Febrero; y 97/1987, de 10/Junio) y que en todo caso ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina. (vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 Ar. 1217; 14/02/61 Ar. 1596; 04/04/61 Ar. 1419).

b).- De otra parte, una cuidada lectura del referido art. 71 LRJS nos induce a pensar que la excepción va exclusivamente referida al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que la misma -la excepción- tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan - apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS, casi tres años después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia.

c).- Finalmente, tampoco cabe argumentar la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad. De un lado, porque la referida DA nada añade a la cuestión, puesto que no comporta interpretación alguna del art. 71 LRJS , que es de lo que aquí se trata; y de otra parte, casi parece ocioso recordar -frente al argumento del Fiscal, sobre la «desigualitaria interpretación»- que en materia de igualdad son criterios básicos: 1) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; 2) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; 3) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y 4) por último, para

que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre las más recientes, SSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3; 117/2011, de 4/Julio, FJ 4; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6; - Pleno- 61/2013)."

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado y atendiendo a las circunstancias concretas antes expuestas, procede estimar el motivo recurso examinado ya que, como consta en el relato de hechos probados, se dictaron resoluciones por el INSS declarando la responsabilidad de Mutua MUTUALIA en el abono de las prestaciones que, por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, le había sido reconocida a D. Edemiro. Dado que las resoluciones administrativas en las que se declaraba la responsabilidad de la Mutua devinieron firmes, no cabe, años después de dictadas, intentar reiniciar la vía administrativa solicitando que se deje sin efecto la declaración de responsabilidad contenida en las mismas en orden al abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional.

CUARTO.- Respecto al Recurso formulado por la Mutua MUTUALIA, sentado lo anterior, es claro que ni tan siquiera procede -obviamente- tratar la cuestión que la Mutua suscita, la limitación temporal en el reintegro acordada por el TSJ, pues tal pretensión parte de un presupuesto -procedencia de la devolución del capital/coste- que si bien fue en día admitido por la recurrida, sin embargo es contrario a nuestra jurisprudencia y en consecuencia ha de ser rectificado, tal como el INSS solicita.

QUINTO.- Por todo lo razonado y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso formulado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, casar y anular la sentencia impugnada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el INSS y la TGSS, revocando la sentencia de instancia y desestimando íntegramente la demanda. Se

desestima el recurso interpuesto por la Mutua MUTUALIA. Sin que proceda la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 235 LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada el 10 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco-, en el recurso de suplicación número 196/2015, interpuesto por el INSS y la TGSS frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Donostia-San Sebastián el 7 de noviembre de 2014, en los autos número 1202/2013, seguidos a instancia de Mutua MUTUALIA frente a D. Edemiro, la empresa CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES "CAF", INSS y TGSS. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, revocar la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y absolución de los codemandados. Desestimar el recurso formulado por la Mutua MUTUALIA. Sin imposición de costas. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 6 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos la demanda formulada por D. Víctor Manuel, asistida por la letrada D^a María Ascensión López López, frente a la empresa SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., asistida de la Letrada D^a Carmen García Cantó, debo declarar y declaro la procedencia de la extinción de la relación laboral del actor con fecha de efectos del 26 de octubre de 2012».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «PRIMERO: D. Víctor Manuel, mayor de edad, con DNI nº NUM000, vino prestando servicios para la empresa SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., en el centro de trabajo de Torrevieja, con la categoría profesional de operativo reparto, con salario a efectos de despido de 1.301,69 euros brutos mensuales, (42,79 euros brutos diarios) incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. El trabajador ha prestado servicios para la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. durante los siguientes períodos: XXX. SEGUNDO : En fecha 4-2-2011 D. Víctor Manuel causó baja médica derivada de trastorno depresivo mayor, siendo dado de alta médica por resolución dictada por el INSS con fecha de salida de 8-2-2012, con efectos de 15-2-2012, por transcurso del plazo de 365 días, haciéndose constar en la indicada resolución: "(...) Por último le comunico que en el caso de que el trabajador manifieste su disconformidad, la situación de IT se prorrogará hasta 11 días". En fecha 16-2-2012 D. Víctor Manuel dirigió escrito al Jefe de personal de Correos de Alicante, con el siguiente contenido: "Que deseo hacer constar que el día 16 de febrero del presente recibí notificación del INSS con la resolución de incorporación al puesto de trabajo, pero debido a mi disconformidad en dicha resolución debo hacer constar que dentro del plazo legal de cuatro días naturales se procede a impugnar la resolución del INSS 03-1022505745-07/02/2011. Que atendiendo a mi derecho de estar en disconformidad con la resolución del INSS pongo en su conocimiento que por el presente escrito justifico hasta la próxima resolución mi ausencia en mi puesto de trabajo de reparto pie en la unidad de reparto 2 de la localidad

de Torre Vieja (...). Contra la citada resolución el trabajador presentó escrito de disconformidad el día 17-2-2012. En fecha 8-2-2012 por el EVI se emitió propuesta de resolución en la que se establecía que el trabajador presenta distimia, trastorno adaptativo con síntomas mixtos, predominan síntomas de ansiedad, se considera compatible con tareas laborales evitando estrés importante o sobrecarga emocional. Por el INSS se dictó resolución con fecha de salida de 20-2-2012 con el siguiente contenido: "(...) En el plazo establecido, el Servicio Público de Salud no se ha pronunciado en contra de la decisión de esta Entidad Gestora, por lo que este Instituto Nacional de la Seguridad Social resuelve elevar a definitiva la mencionada alta médica y procede a reconocerle la prestación de incapacidad temporal (IT), durante un plazo máximo de once días (...)".

TERCERO.- D. Víctor Manuel no asistió a su puesto de trabajo desde el 27-2-2012 hasta el día 30-4-2012. CUARTO.- Los días 9, 10, 11, 12 y 13 de julio de 2012, y 13 de septiembre de 2012 el trabajador se adhirió a la huelga convocada por el sindicato libre en el año 2006. QUINTO.- Mediante escritos nº 1091 de 27 de abril de 2012, nº 1313 de 22 de mayo de 2012 y nº 1458 de 7 de junio de 2012 el Director de la Zona 6ª, redactó un informe de hechos que fue remitido a la Subdirección de Gestión de Personal. En fecha 14 de junio de 2012, D. Matías, subdirector de gestión de personal acordó la incoación del expediente disciplinario (referencia número NUM001), acordando el nombramiento de Dª Clemencia, como instructora de dicho procedimiento. La incoación del citado expediente fue notificada al Secretario Provincial del Sindicato STA en fecha 26-6-2012, al Secretario Provincial del Sindicato CSIF, al Secretario Provincial del Sindicato CCOO, al Secretario Provincial del Sindicato UGT en fecha 2-7-2012, y al trabajador en fecha 27-6-2012. En fecha 11-7-2012 la instructora del expediente Dª Clemencia acordó formular pliego de preguntas y enviárselo al interesado en el expediente D. Víctor Manuel, para su cumplimentación, lo que fue recibido por Sindicato Libre en fecha 27-8-2012, y al trabajador en fecha 3-9-2012. En fecha 7-9-2012 se acordó la suspensión de las actuaciones desde el 10-9-2012 hasta el 14-9-2012 por disfrutar la instrucción durante el citado período del resto del período vacacional anual. En fecha 14-9-2012 el trabajador formuló escrito en contestación a las preguntas remitidas por la empresa. Con fecha 24-9-2012 por el Sindicato Libre se presentó escrito de alegaciones ante la instructora del expediente. En fecha 28 de septiembre de 2012 la instructora acordó otorgar al interesado el trámite de vista, de conformidad con

el artículo 88 b) del Convenio Colectivo aplicable, lo que fue enviado por notificación administrativa al domicilio del interesado, la cual después de dos intentos de entrega infructuosos y de haber depositado un aviso de llegada en el buzón del trabajador permaneció en lista de correos, siendo finalmente devuelta por no haber pasado el trabajador a retirarla a la oficina. Con fecha 16-10-2012 la instructora procedió a emitir propuesta de resolución de calificación de la conducta realizada por el trabajador como una falta disciplinaria continuada de carácter muy grave por "ausencia sin justificación de más de dos días, sean o no consecutivos durante un período de treinta días" a corregir con despido. SEXTO: En fecha 22 de octubre 2012 por el Jefe de Recurso Humanos de la empresa Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. se dictó resolución por la que se extinguía la relación laboral del trabajador, con fecha de efectos de 26-10-2012. La citada resolución fue notificada al Comité de Empresa en fecha 26-10-2012, al Sindicato Libre en fecha 26-10-2012, al sindicato STAS-IV en fecha 25-10-2012, y al interesado en fecha 26-10-2012. SÉPTIMO: En fecha 20-6-2012 D. Víctor Manuel formuló denuncia por acoso laboral contra Correos SAE ante la Inspección Provincial de Trabajo y de Seguridad Social de Alicante. OCTAVO: Resulta de aplicación el III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. (BOE 28/6/2011). NOVENO: D. Víctor Manuel, pertenece al Sindicato Libre, no ostentando durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores. DÉCIMO: El día 12 de diciembre de 2012 tuvo lugar ante el S.M.A.C. el preceptivo acto de conciliación, en virtud de demanda presentada el 15 de noviembre de 2012, contra la demandada, con el resultado de sin avenencia. Que la demanda se presentó el día 10 de diciembre de 2012.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Víctor Manuel formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 3 de septiembre de 2014, recurso 1101/2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Víctor Manuel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.2 DE ALICANTE y su provincia, de fecha 6 de noviembre de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la SOCIEDAD ESTATAL

DE CORREOS Y TELÉGRAFOS.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la letrada D.^a M^a. Ascensión López López, en nombre y representación de D. Víctor Manuel, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 10 de febrero de 2011, recurso 4586/10.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y, tras ser impugnado por la parte recurrida Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 20 de diciembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 2 de los de Alicante dictó sentencia el 6 de noviembre de 2013, autos número 1170/2012, desestimando la demanda formulada por D. Víctor Manuel contra SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA sobre DESPIDO y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, declarando la procedencia de la extinción de la relación laboral del actor, con fecha de efectos del 26 de octubre de 2012.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando servicios para la demandada desde el 4 de marzo de 2004, durante los periodos que constan en el hecho probado primero de la sentencia de instancia. El 4 de febrero de 2011 causó baja médica, derivada de trastorno depresivo mayor, siendo dado de alta médica por resolución dictada por el INSS el 8 de febrero de 2012, con efectos del 15 de febrero de

2012, por transcurso del plazo de 365 días, advirtiéndole que, en el caso de que manifieste su disconformidad, la situación de IT se prorrogará hasta 11 días. El 16 de febrero de 2012 el actor dirigió escrito a la empresa haciendo constar que ha procedido a impugnar, en el plazo concedido, la resolución del INSS de 8 de febrero de 2011, por lo que pone en su conocimiento que por el citado escrito justifica su ausencia en el puesto de trabajo hasta la próxima resolución. El 8 de febrero de 2012 el EVI emitió propuesta de resolución en la que se establecía que el trabajador presenta distimia, trastorno adaptativo con síntomas mixtos, predominan síntomas de ansiedad, se considera compatible con tareas laborales evitando estrés importante o sobrecarga emocional. El actor no asistió al trabajo desde el 27 de febrero de 2012 hasta el 30 de abril de 2012. Tras incoar expediente disciplinario se dictó resolución el 22 de octubre de 2012 por el Jefe de Recursos Humanos de la empresa acordando la extinción de la relación laboral del trabajador, con fecha de efectos 26 de octubre de 2012. El 20 de junio de 2012 el actor había formulado denuncia por acoso laboral ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Alicante.

2.- Recurrida en suplicación por D. Víctor Manuel, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia el 3 de septiembre de 2014, recurso 1101/2014 , desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que se acredita por la empresa que la medida adoptada es razonable, que no encubre conducta contraria a un derecho fundamental y, atendidas las dolencias del trabajador, no se justifica la incomparecencia de este a su puesto de trabajo a partir del alta médica, habiéndose establecido en los hechos probados que el EVI concluyó que el actor se encontraba en condiciones de trabajar, no habiéndose desvirtuado ello por la parte recurrente, ni acreditada la imposibilidad de trabajar en las funciones que venía realizando, por lo que debió incorporarse a su puesto de trabajo. Continúa razonando que no cabe entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme y ello porque el trabajador debe desarrollar una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y acreditar que subsiste la incapacidad para el trabajo ofreciendo en su caso los medios

para la verificación de esa situación por la empresa, y en el presente supuesto, como ya se analizó, no se ha probado la absoluta imposibilidad del trabajador de incorporarse a su puesto de trabajo.

3. -Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de D. Víctor Manuel recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 10 de febrero de 2011, recurso número 4586/2010

La parte recurrida SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS SA, representada por el Abogado del Estado, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no concurre el requisito de la contradicción, por lo que el recurso ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 10 de febrero de 2011, recurso número 4586/2010 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Florián contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Ourense, de 26 de julio de 2010 , autos número 296/2010, declarando la improcedencia del despido del actor, condenando a la demandada a que, en plazo de cinco días, a contar desde la notificación de la sentencia, opte entre readmitirle o abonarle una indemnización de 48.352,10 E, con abono, cualquiera que sea el sentido de la opción, de los salarios de tramitación, a razón de 42,70 E/día, desde la fecha del despido a la de notificación de la sentencia.

Consta en dicha sentencia que el actor ha venido prestando servicios para Correos y Telégrafos SA desde el 1 de agosto de 1988. Fue despedido, por ausencias injustificadas al trabajo desde el 8 de octubre de 2009 al 9 de noviembre de 2009, fechas en las que no acudió al trabajo. El 10 de noviembre de 2009 fue dado de baja médica

por contingencias comunes con el diagnóstico de "trastorno depresivo", siendo dado de alta el 5 de febrero de 2010. El 5 de noviembre de 2009 por el facultativo del Centro de Saude de Celanova que atendió al actor, se solicita informe médico a la Unidad de Salud Mental, emitiéndose informe el 9 de noviembre de 2009 en el que consta que cumple criterios de trastorno depresivo mayor, se indica baja laboral y tratamiento.

La sentencia entendió que las ausencias laborales del trabajador cuentan con motivo razonable, es decir, aparecen justificadas, si tenemos en cuenta la patología diagnosticada (trastorno psiquiátrico y adicciones) que, tanto por sus antecedentes médicos, que representan los diversos e individualizados períodos de incapacidad temporal, como principalmente, por las facultades esenciales afectadas y su trascendente evolución, resultó obstativa, por si misma, para el mínimo y común ejercicio de su presencia y actividad laboral.

La circunstancialidad descrita manifiesta una situación clínica cronificada, progresiva y relevante, incompatible con la afirmación judicial de instancia cuando niega la "anulación de la voluntad en el periodo en que no acudió al trabajo". Continúa razonando que la pasividad empresarial al no haber amonestado, advertido o apercibido al trabajador a pesar del tiempo transcurrido sin presentarse al trabajo, o al no haber procurado su asistencia médica no obstante tener pleno conocimiento de su estado de salud, también de fácil constatación, revelan consentimiento o tolerancia -siquiera tácita- de la demandada que, por si mismas y sin justificación de la sanción disciplinaria que adoptó -la más grave en el ámbito laboral- de forma sorpresiva.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste, en principio, podría apreciarse falta de contradicción. al no concurrir las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS .

En ambos supuestos se trata de trabajadores que han sido despedidos por ausencias injustificadas al trabajo, de larga duración -dos meses en la sentencia recurrida un mes en la sentencia de contraste- apreciándose , no obstante, diferencias entre ambos supuestos.

Así, en la sentencia recurrida el actor permaneció en situación de IT desde el 4 de febrero de 2011, derivada de trastorno depresivo mayor, hasta el 15 de febrero de 2012, advirtiendo la resolución de alta, que si manifiesta su disconformidad con la misma, se prorroga la IT hasta 11 días. Habiendo el actor impugnado la baja, el 8 de febrero de 2012 se emitió por el INSS propuesta de resolución en la que consta que el trabajador presenta distimia, trastorno adaptativo con síntomas mixtos, predominan síntomas de ansiedad y se considera compatible con tareas laborales evitando estrés importante o sobrecarga adicional. El actor no acudió al trabajo desde el 27 de febrero de 2012 hasta el 30 de abril de 2014. Tras la tramitación del pertinente expediente fue despedido, por ausencias injustificadas al trabajo, mediante carta de 22 de octubre de 2012, fecha de efectos del 27 de octubre de 2012.

En la sentencia de contraste el actor no acudió al trabajo desde el 8 de octubre de 2009 hasta el 9 de noviembre de 2009, iniciando situación de IT el 10 de noviembre de 2009, por trastorno depresivo, con informe del facultativo del Centro de Saude de Celanova en el que consta que cumple criterios de trastorno depresivo mayor, se indica baja laboral y tratamiento. Tras la tramitación del oportuno expediente es despedido, por ausencias injustificadas al trabajo, con efectos del 25 de febrero de 2010.

TERCERO.- 1. - Si bien, en principio, las sentencias comparadas no son contradictorias, se plantea la cuestión de la trascendencia que puede tener en la apreciación de la identidad de hechos entre ambas resoluciones, la incorporación a los autos de determinados documentos. Por auto de esta Sala de 21 de julio de 2015 se acordó la incorporación de la sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante el 9 de septiembre de 2014, autos 309/2011, así como de la resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS, el 24 de octubre de 2014, declarando al hoy recurrente en situación de IPT, documentos cuya incorporación había solicitado la recurrente, aportándolos con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina.

2.- Debe, por tanto, estudiarse la trascendencia que pueda tener la incorporación de los citados documentos en el actual recurso y, en concreto, en relación a la

apreciación o no de la concurrencia de contradicción, todo ello teniendo como guía la sentencia de la Sala de 5 de diciembre de 2007, recurso 1928/2004.

Su examen nos conduce a las siguientes conclusiones, la primera, que no procede en el recurso especial y además excepcional, recurso de casación para unificación de doctrina, la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida (ni naturalmente de la "contraria", que sirve para justificar la contradicción, que ya goza del carácter de firme). No es posible abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba, sentencias de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 17 de abril de 2002 (R. 2890/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 18 de febrero de 2003 (R. 597/2002), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 28 de febrero de 2005 (R. 1591/2004), pues "es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta (sentencia de 9 de febrero de 1.993 (R. 1496/1992), 19 de abril de 2004 (R. 4053/2002), 7 de mayo de 2004 (R. 4337/2002), 3 de junio de 2004 (R. 2106/2003) y auto de 17 de enero de 1997 (R. 1771/1996).

La segunda, que esta regla admite como única excepción, la aportación de documentos al recurso que incorporen hechos nuevos al debate, a consecuencia de lo cual pueda apreciarse una identidad fáctica sustancial entre las sentencias comparadas.

Tras la incorporación de los citados documentos, existen nuevos datos fácticos, con trascendencia jurídica, que sitúan a ambas sentencias en posiciones muy próximas en cuanto a la existencia de contradicción. En efecto, en la sentencia incorporada consta que el trabajador causó baja por accidente de trabajo, por robo con agresión el 1 de octubre de 2012, siendo alta el 11 de octubre de 2012. El 15 de octubre de 2012 inició un nuevo proceso de IT, por contingencias comunes, con el diagnóstico de trastorno depresivo mayor. El trabajador se encontraba en tratamiento en la Unidad de Salud Mental desde enero de 2011. El INSS prorrogó la baja por IT, iniciada el 15 de octubre de 2012, por 189 días más, siendo dado de alta el 21 de enero de 2014. La sentencia

deja sin efecto el alta razonando que en la fecha de efectos del alta el actor no estaba curado, el proceso ansioso se mantenía activo, con una afectación funcional que incidía en su trabajo de repartidor de correo, y su sintomatología era susceptible de mejoría con el tratamiento. Precisa psicoterapia cognitiva y de apoyo y su sintomatología es fluctuante, sin que de los informes médicos resulte una mejoría, sino un empeoramiento significativo de la ansiedad, tras el alta del INSS. La resolución del INSS, de 24 de octubre de 2014, declara al trabajador en situación de IPT, derivada de enfermedad común, por trastorno depresivo mayor, siendo sus limitaciones orgánicas y funcionales la persistencia de sintomatología ansiosodepresiva, así como las derivadas del tratamiento psicofarmacológico. La incorporación de estos documentos que, en su caso, pudieran acreditar la existencia de una justificación para la ausencia al trabajo, podría suponer la existencia de contradicción con la sentencia referencial, en la que se declaró la improcedencia del despido, al entender que las ausencias estaban justificadas, dada la patología diagnosticada (trastorno psiquiátrico y adicciones) que revela una situación cronicada y progresiva.

3.- Superado el juicio de la contradicción procedería entrar en el examen de la censura jurídica formulada, pero no puede hacerse sin valorar la trascendencia que, tal y como ha señalado esta Sala en sentencia de 5 de diciembre de 2007, recurso 1928/2004, pudiera tener la modificación de la relación de probanza, en virtud de la incorporación de los documentos aportados, unidos a tenor de lo acordado en auto de 21 de julio de 2015.

Tal y como ha señalado la sentencia de 9 de mayo de 2011, recurso 2408/2008: «Ahora bien, según reiterada doctrina de esta Sala es sabido que la misma tiene vedada la revisión de los hechos probados, cuestión que carece de interés casacional. Sin embargo, la tutela judicial efectiva, sobre todo cuando se trata de amparar un derecho fundamental, exige evitar por todos los medios que se produzca indefensión y es evidente que, aunque no haya existido infracción procesal determinante de dicha indefensión, ésta se produce de forma material -no formal- y efectiva para la recurrente en virtud de una circunstancia sobrevenida que no le es imputable -la fecha de la sentencia penal-, lo cual solo puede corregirse decretando ahora la nulidad de

actuaciones al amparo del art. 240.2 de la LOPJ , pues la petición de nulidad habrá que entenderla consustancial a la solicitud de la recurrente -tramitada con audiencia de las partes- de que se incorporase a los autos el repetido documento y que dicha incorporación surta los efectos correspondientes, es decir, integrar con su contenido los hechos probados y, acorde con la nueva relación de probanza, obtener la calificación jurídica de nulidad del despido, que le fue negada en la sentencia que ahora es objeto de recurso»

Aplicando la citada doctrina al supuesto examinado procede decretar la nulidad de actuaciones, aunque no haya existido infracción procesal, ya que puede producirse indefensión material del recurrente, en virtud de una circunstancia sobrevenida que no le es imputable -la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, autos 309/2011 y de la resolución de la Dirección Provincial del INSS- lo que determina que se acuerde la nulidad de lo actuado desde el momento en que se dictó la sentencia de instancia por el Juzgado de lo Social, devolviendo los autos para que se repongan las actuaciones a aquel momento procesal y que, integrando los hechos probados con el contenido de la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, autos 309/2011 y de la resolución de la Dirección Provincial del INSS de 24 de octubre de 2014, se proceda a dictar nueva sentencia de acuerdo con la valoración jurídica que los mismos merezcan al juzgador.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

En el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Lictor Manuel, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 3 de septiembre de 2014, dictada en el recurso de suplicación número 1101/2014, declaramos la nulidad de las actuaciones desde el momento de dictar sentencia por el Juzgado de Instancia, remitiendo los autos a dicho Juzgado para que, reponiendo las actuaciones a tal momento procesal, proceda con entera libertad de criterio a dictar nueva sentencia,

previa integración de la relación de probanza con el contenido de los documentos incorporados a los autos en el trámite de este recurso, sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, autos 309/2011, y de la resolución de la Dirección Provincial del INSS de 24 de octubre de 2014. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 14 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 3 bis de Ciudad Real, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMO la demanda sobre prestación de maternidad interpuesta por D^a. Catalina contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, en consecuencia, absuelvo a las entidades demandadas de cuanto se pretende frente a ellas en la demanda.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- D.^a Catalina, con DNI nº NUM000 , afiliada en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de la Seguridad Social con el nº NUM001, venía trabajando como peluquera autónoma. Con fecha 24 de mayo de 2011 la demandante inició proceso de incapacidad temporal por contingencia común, con alta el 3 de marzo de 2012.

2º.- Con fecha de efectos 31 de mayo de 2011 la actora procedió a su baja en el RETA, cesando en la actividad.

3º.- El 8 de marzo de 2012 D^a. Catalina presentó ante el INSS solicitud de prestación de maternidad por nacimiento de su hija ocurrido el día NUM003 de 2012, a partir del cual inició la baja maternal. Tal solicitud fue denegada mediante resolución del INSS de 12 de marzo de 2012, por no estar afiliada y en alta en la fecha del hecho causante de la prestación.

4º.- Contra dicha resolución D^a. Catalina formuló reclamación previa, que fue desestimada.

5º.- Agotada la vía previa D^a. Catalina ha interpuesto demanda en fecha 11 de mayo de 2012.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación de D^a. Catalina formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2014, en la que consta el siguiente fallo: «Estimando el recurso de suplicación formulado por D^a Catalina contra la Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 Bis de Ciudad Real, en autos 477/12 sobre SEGURIDAD SOCIAL (MATERNIDAD), siendo parte recurrida el INSS y la TGSS, revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda de D^a Catalina, declaramos el derecho de la misma a percibir la prestación de maternidad en la cuantía y duración legal, con cargo al INSS y TGSS.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, la representación letrada del INSS y la TGSS interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 2 de julio de 2013 (rec. suplicación 51/2013).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar que se declare la procedencia del recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 29 de noviembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.-

Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2014 (rec. 689/2014), que estima el recurso de suplicación formulado por la actora, y revocando la sentencia de instancia, estima la demanda, declarando su derecho al percibo de la prestación de maternidad solicitada.

Consta acreditado que la actora es trabajadora por cuenta propia afiliada al RETA, dedicada a la actividad de peluquería, que el 24-05-2011 inicia proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes; el 31-05-2011 causa baja en el RETA, cesando en la actividad de forma temporal (por situación de incapacidad temporal), el 03-03-2012 se le da de alta de la incapacidad temporal por maternidad, que se produce el NUM003 -2012.

Señala la Sala de suplicación que se trata de determinar si en el momento del parto estaba o no la actora en situación de asimilada al alta a efectos de tener derecho a percibir la prestación de maternidad, no discutiéndose que cumplía con el requisito de cotización. Y, tras referirse a la normativa aplicable, disposición adicional undécima bis LGSS, art. 29 del Decreto 2530/1970, art. 69.2 de la Orden 234/1970, así como arts. 1, 10.2 y 4 y 13 del RD 295/2009, viene a considerar en esencia, que el listado de situaciones asimiladas al alta que contiene el art. 4 del RD 295/2009 no es cerrado, faltando la situación de incapacidad temporal, que aparece más adelante, en el art. 10.4 regla 2ª. Y considera que este supuesto es aplicable a la actora porque, aunque el art. 10.4 del RD 295/2009 hable de extinciones del contrato de trabajo, no hay razón para

que no se aplique a las trabajadoras autónomas en supuesto de baja en el RETA temporal por enfermedad, cuando, como aquí ocurre, precede a dicha baja e inactividad una situación de incapacidad temporal y ésta continúa hasta el nacimiento o parto sin solución de continuidad, teniendo en cuenta que el propio precepto define esa "sin solución de continuidad" comprendiendo no solo el caso en que el alta médica de la incapacidad temporal y el inicio del descanso de maternidad se produce el mismo día sino también, como aquí ocurre, cuando la maternidad se produce al día siguiente del alta médica de la incapacidad temporal. Esa igualdad de trato o aplicación también para las trabajadoras autónomas se estima subyace en la Disposición Adicional Undécima bis de la LGSS , con referencia a la regulación en dicha LGSS para esta prestación de maternidad y en el artículo 1.1 del RD 295/2009 para esta nueva regulación.

SEGUNDO.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.-

Contra la referida sentencia se interpone Recurso de casación para la unificación de doctrina por el INSS y la TGSS, y tiene por objeto determinar si la actora cumple o no los requisitos establecidos para causar derecho a la prestación por maternidad.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 02-07-2013 (rec. 51/2013), que desestima el recurso de suplicación de la actora y confirma la sentencia de instancia, igualmente desestimatoria de su demanda en reclamación de la prestación por maternidad.

En tal caso la trabajadora, que se dedica a la actividad económica de traducción de textos francés/español, ha figurado en alta en el RETA desde el 01-11-2009 hasta el 30-06-2010, fecha en que causa baja voluntaria. En fecha 08-06-2010 inició proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes, percibiendo las prestaciones correspondientes, siendo cursada el alta médica el 11-02-2011. Dio a luz a su hijo en fecha NUM002 -2011.

En el supuesto de la sentencia de contraste, la Sala de suplicación no estima la modificación fáctica en la que se pretende hacer constar que la causa de la baja fue

encontrarse en situación de incapacidad temporal, y no tener persona que gestionara directamente la actividad, pues considera que de los documentos invocados en el recurso no se desprenden los datos propuestos y que tienden a desvirtuar la voluntariedad de la baja en el RETA a la que se alude en la sentencia de instancia. En cuanto a la censura jurídica, parte la Sala de los hechos probados, y tras referirse al contenido de los arts. 4 y 10.4 del RD 295/2009 , argumenta que en el caso, en la fecha del hecho causante de la prestación de maternidad acaecido el NUM002 -2011, la actora ya no se encontraba de alta en el RETA al haber cursado baja voluntaria en dicho Régimen el 30-06-2010, sin que exista constancia alguna de que dicha baja voluntaria se encontrara interrelacionada con el embarazo de la trabajadora ni que el mismo fuera el detonante de aquella baja que se constata en todo momento como de carácter voluntario, faltando el requisito general previsto en el art. 3 del indicado RD 295/2009 de encontrarse la misma de alta en el RETA, sin que pueda figurar encuadrada en ninguna de las situaciones expuestas como asimiladas a aquélla. Y concluye que no es posible aplicar lo instituido en el art. 10 del RD 295/2009 , dado que el mismo contempla los supuestos específicos de concurrencia de "maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato" encontrándose ausente dicha extinción contractual dado que lo que se produjo fue una situación de baja calificada como voluntaria por parte de la demandante.

Entre las sentencias comparadas ha de estimarse que concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS. En ambos casos se trata de: trabajadoras afiliadas al RETA que inician un proceso de incapacidad temporal estando de alta en dicho Régimen especial, que inmediatamente después de la incapacidad temporal causan baja en el RETA; las actoras continúan en situación de incapacidad temporal hasta que se cursa el alta en la incapacidad temporal por maternidad; ambas actoras solicitan el reconocimiento de la prestación por maternidad en el RETA, al amparo del RD 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; las dos resoluciones consideran la aplicación de los arts. 4 y 10.4 del RD 295/2009. Sin embargo, las soluciones alcanzadas por las sentencias comparadas son claramente contradictorias.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010). Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011).

Superado el requisito de la contradicción, procede el examen de los concretos motivos de recurso.

TERCERO.- Examen de los motivos de casación para la unificación de doctrina.-

Denuncia la parte recurrente la infracción por interpretación errónea de lo establecido en los artículos 3.1, 4, y 10.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Como se señala en el motivo de recurso ahora examinado:

Conforme al art. 3.1 del Real Decreto 295/2009:

"1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2, siempre que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso".

El art. 4 de la misma norma señala:

"Situaciones asimiladas a la de alta.

Para el acceso a la prestación económica por maternidad únicamente se consideran situaciones asimiladas a la de alta las siguientes:

1.^a La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.

2.^a El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículo 46.1 y 48.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

3.^a El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

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

5.^a La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.

6.^a Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.

7.^a En el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre .

8.^a El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas, regulados, respectivamente, en los artículos 11 y 12 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

9.^a Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad."

Y finalmente el art. 10 de la misma norma, en lo que aquí interesa, relativo a la maternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato, señala:

"1. Agotado el periodo de descanso por maternidad, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se la considerará en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad.

Si, en el supuesto señalado en el párrafo anterior, se hubiera extinguido el contrato de trabajo durante el disfrute del descanso por maternidad, la interesada seguirá

percibiendo la prestación por maternidad hasta su extinción, pasando entonces, de acuerdo con el artículo 222.2 de la Ley General de la Seguridad Social , a la situación legal de desempleo y a percibir, si procede, la prestación por desempleo y, en su caso, la prestación por incapacidad temporal, en los términos establecidos en el artículo 222.3 de la misma ley .

2. Los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del parto deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo.

Si la interesada se encontrara en la prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal prevista en el artículo 131 bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social , podrá, asimismo, causar la prestación por maternidad, a partir de la fecha del parto, si reúne los requisitos exigidos para ello, interrumpiéndose el cómputo de la indicada situación de prórroga de efectos, que se reanudará, si procede, una vez extinguido el subsidio por maternidad. (...)

3. Durante el descanso por maternidad no procederá, excepto en el supuesto contemplado en el párrafo siguiente, el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho periodo. Agotado éste, si la interesada necesitase asistencia sanitaria, se encontrara impedida para el trabajo y cumpliera los requisitos exigidos, se iniciará la situación de incapacidad temporal que corresponda, aplicándose, en su caso, lo preceptuado en el apartado 1 de este artículo.

Cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de

aplicación. En tal caso, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio por maternidad. Si se trata de una trabajadora por cuenta propia, la base reguladora del subsidio por incapacidad temporal, en su caso, se reducirá en un 50 por 100.

En el supuesto previsto en el párrafo anterior, si, agotado el subsidio por maternidad, la trabajadora continúa en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que corresponda al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.

4. En los casos de extinción del contrato de trabajo de una trabajadora que ve interrumpida su situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, por pasar a la situación de descanso por maternidad, se aplicarán las siguientes reglas: (...)"

También se causará derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla.

Si la extinción del contrato de trabajo de cualquiera de los progenitores se produce antes del inicio del descanso por maternidad, el subsidio que, en su caso, corresponda, se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos, en régimen de jornada a tiempo parcial. (...)"

Por otro lado, el RD. 295/2009 en su Disposición Derogatoria única, deroga expresamente el Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre, por el que se regulaban las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, cuyo art. 5 preveía cinco situaciones concretas de asimilación al alta.

El recurso ha de rechazarse. Como señala esta Sala en la STS/IV de 10-junio-2014 (rcud. 2546/2013): "la doctrina tradicional de esta Sala sobre la cuestión debatida, contemplaba pacífica y reiteradamente que en el caso de prestaciones por maternidad con baja en el RETA por cese de actividad previo, concurría como situación asimilada al alta el periodo de gracia de noventa días. En este sentido, entre otras muchas, la STS de 21 de abril de 2009 (rcud. 1126/2008), con remisión a las de 25 de junio y 5 de diciembre de 2008 señala:

"La Entidad Gestora recurrente alega la infracción de los artículos 124-1 y 133-ter de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la adicional undécima bis de la citada Ley y con los artículos 36-1-15 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero y 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Sostiene la recurrente que, como la trabajadora demandante se dio de baja voluntariamente en el RETA antes de ser baja por maternidad, no reunía el requisito de estar en situación de alta o asimilada para causar la prestación por tal contingencia, aunque al tiempo de producirse la misma llevase menos de noventa días de baja en el RETA y aunque la maternidad hubiese venido precedida de una incapacidad temporal, tal y como razona la sentencia de contraste con base en la sentencia de esta Sala de 25 de enero de 2007.

El recurso no puede prosperar porque la controversia ya ha sido resuelta por esta Sala en favor de las tesis sustentadas por la sentencia recurrida. En efecto, en nuestras sentencias de 25 de junio y de 5 de diciembre de 2008 (Rec. 3432/07 y 2836/07), dictadas en supuestos de hecho similares, incluso en la primera se analizó la sentencia que se cita de contraste en el presente caso, hemos declarado: "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, derivadas, como es lógico entenderlo así, de las características y singularidades que, respecto del Régimen General, le son propias. Y que, por consiguiente, la existencia en el RETA de una situación asimilada al alta específica de dicho Régimen, cual es la establecida en el

art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que no sólo pervive sino que es incluida en fecha relativamente reciente en el art. 36.1.15 del 3 RD. 84/1996 de 26 de enero que aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, conduce a entender aplicable esta singular situación de asimilación al alta a los efectos de causar derecho al subsidio de maternidad".

También dijimos en la segunda de las sentencias citadas que la situación apuntada no se ha visto alterada por lo establecido en el R.D. 1251/01 , cuyo artículo 5 , aunque no contempla, como situación asimilada al alta, la de los noventa días siguientes a la baja en el RETA, si contiene en la regla sexta "una fórmula de cierre que resulta plenamente aplicable en este caso, pues se dice en ella que serán situaciones asimiladas al alta "cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente". Ya se ha visto que para el RETA hay una disposición reglamentaria específica, que se mantiene no solo el Decreto de 2.530/70, sino que también subsiste en el RD 84/1996, al que antes se hizo referencia, razón por la que, alejándonos de una interpretación restrictiva del precepto, hemos de llegar a la conclusión de que, efectivamente, aquélla fórmula permite el sostenimiento del sistema especial de asimilación al alta en el RETA".

La aplicación de la anterior doctrina obliga a confirmar la sentencia recurrida, pues tampoco resulta aplicable la doctrina contenida en nuestra sentencia de 25 de enero de 2007 (R-5139/05), ya que, el supuesto contemplado en ella era el de una trabajadora que pidió el subsidio por maternidad pasados noventa días de su baja en el RETA, mientras que aquí la actora lo reclamó antes de que transcurriera ese plazo."

Si bien dicha resolución se dicta ya vigente el RD 295/2009, se analiza un supuesto anterior, estando vigente el RD. 1251/2001 (derogado por aquél), el sostenimiento del sistema especial de asimilación al alta establecido para el RETA, se mantiene sin cambio no obstante lo dispuesto en el art. 4º del RD. 295/2009 de 6 de marzo , que de resultar aplicable al RETA expresamente se hubiere manifestado, al igual que se hace con el Régimen Especial Agrario. El Real Decreto 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, para llegar a tales "prestaciones económicas" haya de estarse en el caso a las concretas normas reguladoras del RETA (art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto y art. 36.1.15 del 3 RD. 84/1996 de 26 de enero citados), pues es obvio que el RD 295/2009 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.

En consecuencia, la doctrina antes referida, deviene igualmente aplicable a los efectos enjuiciados, tras la entrada en vigor del RD. 295/2009. A mayor abundamiento, ha de señalarse que de acuerdo con el art. 10, número 4, 2ª del mismo: "Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal 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".

También se causará derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla".

De aplicarse analógicamente dicho precepto al RETA, en el sentido de entender, en su caso, por "extinción del contrato", la baja por cese de actividad, procedería asimismo el derecho postulado. Ello es así, por cuanto en el presente caso, la actora, encuadrada en el RETA, inicia un proceso de incapacidad temporal el 12-4-2011, el 30 de abril causa baja en el RETA por cese de actividad, el 23 de junio es dada de alta en su incapacidad temporal, y el 24 de junio da a luz, solicitando la consiguiente

prestación. En consecuencia, entre el alta por incapacidad temporal y el nacimiento del hijo no hay solución de continuidad."

Doctrina asimismo aplicable al supuesto ahora enjuiciado, en que, partiendo del relato de hechos probados modificado en suplicación, la demandante, encuadrada en el RETA, el 24/05/2011 inicia proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes, el 31/05/2011 causa baja en el RETA, cesando en la actividad de forma temporal, el 03/03/2012 se le da el alta de la I.T. por inicio de maternidad que se produce el NUM003 /2012; y de lo que se trata es de determinar si en ese momento, el del parto o del nacimiento, estaba o no en situación asimilada al alta a efectos de tener derecho a percibir la prestación de maternidad, no discutiéndose que cumplía con el requisito de cotización. Y partiendo de ello, y en concreto de que entre el alta por incapacidad temporal y el nacimiento del hijo no hay solución de continuidad, no puede negarse que nos encontramos ante una situación asimilada al alta, aunque se hayan superado los 90 días desde el momento del cese en la actividad de forma temporal.

Por cuanto precede, la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida, por lo que, con desestimación del recurso, y visto el informe del Ministerio Fiscal, se impone la confirmación de la sentencia recurrida, que no infringió en precepto denunciado; sin que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, haya lugar a la imposición de costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en fecha 5-noviembre-2014 (rollo 689/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado por el

ahora recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ciudad Real en fecha 14-noviembre-2013 (autos 477/2012) en procedimiento seguido a instancia de Dña. Catalina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre seguridad social. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 13 de junio de 2013, el Juzgado de lo Social nº 3 de Huelva, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, desestimando la demanda presentada por DOÑA Frida contra CECOFAR ("Centro Cooperativo Farmacéutico"), declaro procedente el despido de la actora operado con efectos de 18 de octubre de 2012, y extinguido con tal fecha el contrato de trabajo que vinculaba a las partes, absolviendo a la mercantil demandada de cuantos pedimentos fueron deducidos en su contra por la hoy actora.

No se efectúa pronunciamiento del Fondo de Garantía Salarial, a salvo lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « Primero.- La actora, Doña Frida, mayor de edad y con DNI nº NUM000, ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad demandada, con CIF F-41001405, ostentando la categoría profesional de Dependienta, en el centro de trabajo sito en Polígono Industrial "Tartessos" de Huelva capital, desde

el día 1 de agosto de 1977 y percibiendo un salario diario bruto, en cómputo anual, de 127,53 euros. La principal actividad de la entidad demandada consiste en la adquisición y venta de artículos que comercializan las farmacias como especialidades farmacéuticas, dietéticas o parafarmacia, que realiza principalmente con sus socios cooperadores. Dicha actividad está regulada en todo el territorio español por diversas normas, entre las que destacan las siguientes:

- Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

- R.D. 2259/1994, de 25 de diciembre, por el que se regulan los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos.

- R.D. 164/1997 y 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecen los márgenes correspondientes a los almacenes mayoristas por la distribución de especialidades farmacéuticas de uso humano.

- Real Decreto- Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público de Racionalización del Uso de los Medicamentos.

- Real Decreto 2402/2004, de 30 de diciembre por el que se desarrolla el artículo 104 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, para las revisiones coyunturales de precios de especialidades farmacéuticas y se adoptan medidas adicionales para la contención del gasto farmacéutico.

"CECOFAR" desarrolla su actividad desde sus instalaciones centrales situadas en Sevilla, en el Polígono Industrial El Pino, parcela 20-B, y en otros centros de distribución. Segundo.- La demandante ha cursado numerosos procesos de baja médica. Tercero.- A comienzos de verano de 2012 el Director de Recursos Humanos de la empresa, Don Jesús Luis, hizo saber a los miembros de la Comisión de Absentismo que "Cecofar" tenía intención de despedir a la hoy demandante, debido a que, por sus continuos procesos de baja médica y elevado índice de absentismo, era una trabajadora escasamente productiva, no operándose, sin embargo entonces el cese de la Sra. Frida,

tras conversaciones entre la empresa y la Comisión de Absentismo. Cuarto.- En virtud de Sentencia de este mismo Juzgado de fecha 24 de septiembre de 2012 (folios 98 a 103, por reproducidos) se denegó la hoy actora la prestación de incapacidad permanente total que la misma había solicitado en su día del INSS. Quinto.- El día 15 de octubre de 2012 la Sra. Frida inició proceso de incapacidad temporal, derivado de enfermedad común, con el diagnóstico de "Mialgia y Miositis Neom", del que no consta le haya sido expedido aún parte de alta médica. Sexto.-- Con fecha 18 de octubre de 2012 la patronal notifica a la Sra. Frida comunicación escrita de despido del siguiente tenor literal: "Muy Sra. Nuestra, Sirva la presente para comunicarle la decisión de esta Empresa de proceder a su despido objetivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y concretamente debido a causas económicas. La causa económica se concreta en las pérdidas en las que ha incurrido la Compañía el pasado ejercicio 2011 por un importe total de UN MILLÓN OCHOCIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN EUROS (-1.880.441 €) así como en la disminución de ventas que se han venido produciendo tanto durante el año 2011 como en lo que llevamos de 2012. De esta forma, le significamos que la evolución de la cuenta de resultados de la Empresa en los últimos ejercicios ha sido la siguiente:

- Ejercicio 2009: Beneficios 248.168

- Ejercicio 2010: Beneficios 61.387 €

- Ejercicio 2011: Pérdidas - 1880.441 €

En este mismo sentido, le indicamos la comparativa de ventas realizadas por CECOFAR durante los años 2010 y 2011. Además durante 2011 y 2012 hasta la fecha (...)

Periodos Ejercicio 2010 Ejercicio 2011 Variación

Primer trimestre 240.261.854 232.440.156 -7.821.698 -3,26%

Segundo trimestre 231.408.209 221.456.576 -9.951.633 -4,30%

Tercer trimestre 220.730.764 208.076.922 -12.653.842 -5,73%

Cuarto trimestre 224.568.406 210.007.631 -14.560.775 -6,48%

TOTALES 916.969.233 871.981.285 -44.987.948 -4,91%

Períodos Ejercicio 2011 Ejercicio 2012 Variación o

Primer trimestre 232.440.157 219.274.517 -13.165.640 -5,66%

Segundo trimestre 221.456.576 218.674.136 -2.782.440 -1,26%

Tercer trimestre 208.876.922 190.803.328 -18.073.594 -8,65%

TOTALES 662.773.655 628.751.980 -34.021.674 -5,13%

De estos datos, se puede observar que durante los últimos siete trimestres consecutivos las ventas de cada uno de ellos ha sido inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, produciéndose un descenso de ventas acumulado de un 4,91% en el ejercicio 2011 y de un descenso del 5,13% en el ejercicio 2012.

La causa de los últimos resultados negativos de la sociedad obedece principalmente a la bajada de los márgenes como consecuencia de las novedades legislativas que han afectado a la industria farmacéutica y muy particularmente al sector de la distribución farmacéutica.

En concreto se han dictado los Reales Decretos 4/2010, 8/2010, 9/2011 que han tenido como consecuencia directa una reducción del precio y márgenes de los medicamentos y por tanto una bajada de los ingresos que la entidad obtenía por cada venta. Al mismo tiempo, los costes fijos de la Empresa se han mantenido o incluso incrementado en tiempo, pues las dos principales partidas de gastos, transporte y personal están vinculadas tanto al precio del gasoil como al IPC respectivamente. De lo expuesto se desprende que habiendo crecido los gastos fijos de la Compañía, se ha reducido drásticamente el margen de beneficio, lo que ha supuesto que la cuenta de pérdidas y ganancias, arroje las pérdidas que se han referido anteriormente.

Debido a los resultados negativos se acordó con los Representantes de los Trabajadores un descuelgue salarial. Asimismo, al margen de las medidas laborales que la Empresa ha tomado, se han adoptado otras de carácter organizativo y económico que pretenden aliviar los costes generales, tales como la reducción de los viajes, dietas y gastos de desplazamiento en general, la reducción del gasto y control en el material de oficina, la reducción y control del gasto en energía eléctrica así como del consumo de telefonía móvil y la reducción de servicios generales como seguridad y limpieza de los edificios. En definitiva, la Empresa ha emprendido una política de austeridad en el gasto.

Por último en relación a las funciones que ha venido desempeñando hasta el momento se ha decidido que sean absorbidas por el resto de compañeros con el objetivo de aumentar la productividad del centro de trabajo y de esta forma hacerlo viable desde el punto de vista económico. La amortización de los puestos de trabajo está vinculada al mantenimiento de la actividad empresarial y de la posición competitiva de la empresa en el mercado actual. Asimismo, las exigencias de la demanda nos obligan a reorganizar nuestros recursos. Por todo lo anterior, la Dirección de la Empresa ha decidido proceder a la amortización acudiendo al trámite legalmente previsto en el artículo 52 del través de la presente comunicación.

La presente extinción tiene efectos desde la fecha de la entrega de la presente comunicación extintiva. Del mismo modo, con la presente comunicación le informamos que la indemnización que legalmente le corresponde por importe de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, asciende a la suma de 45.910,89 (Cuarenta y cinco mil novecientos diez euros, con ochenta y nueve céntimos), la cual se pone en este acto a su disposición mediante cheque bancario nominativo a su favor de la entidad financiera Banco Santander. (NUM001). El plazo de preaviso a que Ud. tiene derecho es sustituido por el abono de quince días de salario que se harán efectivos junto con su liquidación salarial.

Copia de esta comunicación extintiva se entrega de forma simultánea a los Representantes de los Trabajadores. Rogándole que firme la presente a los simples efectos de su recibí, atentamente".

Ese mismo día se entregó a la trabajadora cheque bancario nominativo por el importe consignado en la carta en concepto de indemnización, que ha sido hecho efectivo por la Sra. Frida. Séptimo.- Las Cuentas Anuales auditadas correspondientes a los ejercicios 2009 a 2011 obran unidas a los folios 134 a 309 de lo actuado, a que hacemos aquí remisión. Las correspondientes al cierre a fecha 30 de septiembre de 2012 figuran incorporadas al folio 311 de lo actuado, que damos por reproducido. Los resultados de los citados ejercicios muestran la siguiente evolución:

-2009: 248.168 €

-2010: 61.387 €

-2011: -1880.441 €

-2012 (a 30 de septiembre): -283.973 €

Octavo.- La cifra neta de negocios para cada uno de los trimestres de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 ha sido la siguiente:

Ejercicio

2012 2011 2010

Primer trimestre 219.274.517 232.440.156 240.261.854

Segundo Trimestre 218.674.136 221.456.576 231.408.209

Tercer trimestre 190.803.328 208.076.922 220.730.764

Cuarto trimestre 210.007.631 224.568.406

Totales 682351.981 871.981.285 916.969.233

Noveno.- Comparando las cifras de negocios trimestrales del ejercicio 2012 con las del ejercicio 2011 se observa:

Euros Porcentaje

Primer trimestre -13.165.639 -5,66%

Trimestre Segundo -2.782.440 -1,26%

Tercer trimestre -17.273.594 -8,30%

Totales -33.221.673 -5,02%

Décimo.- Asimismo, si comparamos las ventas trimestrales del ejercicio 2011 con las del ejercicio 2010 obtenemos:

Euros Porcentaje

Primer trimestre -7.821.698 -3,26%

Segundo trimestre -9.951.633 -4,30%

Tercer trimestre -12.653.842 -5,73%

Cuarto trimestre -14.560.775 -6,48%

Totales -44.987.948 -4,91%

Undécimo.- Finalmente, si comparamos los ejercicios 2012 con 2010 obtenemos:

Euros Porcentaje

Primer trimestre -20.987.337 -8,74%

Segundo Trimestre -12.734.073 -5,50%

Tercer trimestre -29.927.436 -13,56%

Totales -63.648.846 -9,19%

Duodécimo.- En día 26 de mayo de 2011 la Dirección de la Empresa y el Comité Intercentros suscribieron Acuerdo de descuelgue salarial en cuya virtud se modificaba el artículo 90 del Convenio Colectivo de "CECOFAR SCA " y las correspondientes Tablas Salariales para los ejercicios 2011 y 2012, en los términos que aparecen explicitados a los folios 437 y 438 de lo actuado. En el mes de mayo de 2012 la patronal ha procedido a despedir por razones objetivas a un total de cuatro trabajadores. En el centro de trabajo de Huelva la hoy demandante ha sido la única afectada por el despido Decimotercero.- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Decimocuarto.- Se agotó la vía previa, presentándose papeleta de conciliación por el trabajador con fecha 26 de octubre de 2012, habiéndose dado el acto por intentado, sin efecto, el 13 de noviembre de 2012. La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta sede con fecha 22 de noviembre de 2012.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado D. Rafael Sánchez Barrida Peñas, en nombre y representación de D.^a Frida, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 8 de enero de 2015, recurso 3095/2013, en la que consta el siguiente fallo: «Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D.^a Frida contra la sentencia dictada el 13 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Social número Tres de Huelva, recaída en autos sobre despido, promovidos por la recurrente contra CECOFAR, con la intervención del FOGASA, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, el letrado D. Rafael Sánchez-Barriga Peñas, en nombre y representación de D.^a Frida, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 23 de mayo de 2005, recurso 2639/2004.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, Centro Cooperativo Farmacéutico (CECOFAR), se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 30 de noviembre de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Huelva dictó sentencia el 13 de junio de 2013, autos número 1406/2012, desestimando la demanda formulada por DOÑA Frida contra CECOFAR (Centro Cooperativo Farmacéutico) sobre DESPIDO, declarando procedente el despido efectuado con fecha de efectos del 18 de octubre de 2012 y extinguido con tal fecha el contrato de trabajo que vinculaba a las partes, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora ha venido prestando servicios para la demandada desde el 1 de agosto de 1977, siendo la principal actividad de la demandada la adquisición y venta de artículos que comercializan las farmacias, como especialidades farmacéuticas, dietéticas o parafarmacia. La demandante ha tenido numerosos procesos de IT, habiendo comunicado el Director de Recursos Humanos a la Comisión de Absentismo, a comienzos del verano de 2012, que la empresa tenía intención de despedir a la hoy demandante por sus continuas bajas médicas, por lo que era una trabajadora escasamente productiva, no efectuando el despido, tras conversaciones entre la empresa y la Comisión de Absentismo. El 15 de octubre de 2012 la actora inició proceso de IT, no constando que haya sido dada de alta. El 18 de octubre de 2012 la empresa comunicó a la actora la extinción de su contrato, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) del ET, debido a causas económicas, concretadas en las pérdidas en el ejercicio de 2011, que ascienden a 1.880.441 €, así como la disminución de ventas en el año 2011 y en el periodo transcurrido de 2012. La cifra neta de negocios ha sido en 2010 de 916.969.223 €, en 2011 871.981.285 € y en 2012

682.351.981 €. La comparación de la cifra de negocios trimestrales del ejercicio 2012 con las de 2011, arroja el siguiente resultado:

Euros Porcentaje

Primer trimestre -13.165.639 -5,66%

Trimestre Segundo -2.782.440 -1,26%

Tercer trimestre -17.273.594 -8,30%

Totales -33.221.673 -5,02%

La comparación de las ventas trimestrales del ejercicio 2012 con las del 2011, arroja el siguiente resultado:

Euros Porcentaje

Primer trimestre -7.821.698 -3,26%

Segundo trimestre -9.951.633 -4,30%

Tercer trimestre -12.653.842 -5,73%

Cuarto trimestre -14.560.775 -6,48%

Totales -44.987.948 -4,91%

La comparación del ejercicio de 2012 con el de 2011 arroja el siguiente resultado:

Euros Porcentaje

Primer trimestre -20.987.337 -8,74%

Segundo Trimestre -12.734.073 -5,50%

Tercer trimestre -29.927.436 -13,56%

Totales -63.648.846 -9,19%

El 26 de mayo de 2011 la dirección de la empresa y el Comité Intercentros llegaron a un acuerdo de descuelgue salarial, en virtud del cual se modificaba el artículo 9 del Convenio Colectivo de CECOFAR y las correspondientes tablas salariales para los ejercicios 2011 y 2012. En el mes de mayo de 2012 la empresa ha despedido por razones objetivas a cuatro trabajadores, siendo la actora la única que ha sido despedida en el centro de trabajo de Huelva.

2.- Recurrida en suplicación por Doña Frida, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia el 8 de enero de 2015, recurso 3095/2013, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que el despido de la actora no esconde una actuación efectuada en fraude de ley o con abuso de derecho, señalando, como indica la STS de 13 de febrero de 2008 que desde una perspectiva estrictamente funcional la incapacidad para el trabajo no puede ser considerada como un factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29.01.01) por cuanto se trata de una contingencia inherente a la condición humana -no específica de un grupo o colectivo de trabajadores- cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa; de ahí que si el empresario decide despedir al trabajador afectado podría, ciertamente, incurrir en conducta ilícita si no demuestra la concurrencia de la causa de despido, pero no en una actuación viciada de nulidad por discriminación, habiendo quedado acreditada la realidad de la causa económica alegada por la empresa. Continúa razonando que, tal y como mantiene una constante jurisprudencia, "la selección de los trabajadores afectados" por los despidos objetivos del art. 52.c. ET "corresponde en principio al empresario y su decisión solo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de Ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios". Pero no es apreciable la existencia de fraude de ley o abuso de derecho por el hecho de que la decisión de amortización de la relación

laboral afecte a una trabajadora que, por su índice de absentismo, puede resultar menos productiva para la empresa. Una cosa es que el elevado nivel de absentismo haya motivado que la empresa haya designado a la actora como una de las afectadas por los despidos por causas económicas acordados, cuando estas concurren de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 52 del E.T., y otra que esa designación se haya adoptado con abuso de derecho (carga que incumbía a la actora, según el art. 217 de la L.E.C.) que no se ha acreditado por hechos objetivos que constituyan indicios suficientes para concluir su existencia."

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de DOÑA Frida recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 23 de mayo de 2005, recurso número 2639/2004.

La parte recurrida CECOFAR (Centro Cooperativo Farmacéutico) ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no concurre la necesaria identidad entre los hechos de las sentencias objeto de comparación y los debates que se originan en cada resolución, por lo que no concurre el requisito de la contradicción, concluyendo que, caso de que la Sala estime que se debe entrar en el fondo del asunto, el recurso ha de ser declarado improcedente.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 23 de mayo de 2005, recurso número 2639/2004, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de Residencia Geriátrica San Francisco, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 24 de mayo de 2004, recurso 275/2004 y, tras casar y anular dicha resolución, estimó el recurso interpuesto por la empresa frente a la sentencia del

Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, de 17 de febrero de 2004, revocando dicha sentencia, declaró improcedente el despido de la actora Doña Aida, a la que se hará entrega de la indemnización consignada en el Juzgado de lo Social número 1 de Murcia.

Consta en dicha sentencia que la actora había venido prestando servicios para la demandada desde el 1 de enero de 1999, con la categoría profesional de gericultora, habiendo permanecido en IT, derivada de enfermedad común desde el 9 de octubre hasta el 8 de diciembre del año 2003. El 9 de diciembre de 2003 la demandada le entregó una carta de despido en la que hacía constar que el despido se produciría con efectos desde el 15 de diciembre de 2003, siendo la causa de dicho despido la falta de capacidad para desarrollar su puesto de trabajo con normalidad, que se ha detectado como sobrevenida con posterioridad a su contratación, reconociendo la improcedencia del despido y poniendo a su disposición la indemnización de 4.093 €, correspondiente a 45 días de salario por año de servicio. El 17 de diciembre de 2003 la empresa consignó en el Juzgado de lo Social número 1 de Murcia la cantidad de 4.093 €, a disposición de la actora. El 12 de enero de 2004 se celebró intento de conciliación ante el SMAC en el que la empresa reconoció la improcedencia del despido, ofreciendo la cantidad de 4093 € en concepto de indemnización, cantidad que no aceptó la trabajadora por entender que el despido es nulo.

La sentencia, invocando la doctrina contenida en las sentencias de la Sala de 29 de enero de 2001, recurso 1566/2000, 23 de septiembre de 2002, recurso 449/2002 y 12 de julio de 2004, recurso 4646/2002, entendió que la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues

el artículo 52. d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aún justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador". Continúa razonando que en el supuesto hoy enjuiciado no hay constancia sino de una sola baja de dos meses de duración, circunstancia que no altera el contenido de aquella doctrina, pues las bajas por enfermedad no constituyen causa de despido, pero tampoco son determinantes que las producidas con motivo de ellas tengan carácter discriminatorio. Debe, por tanto, concluirse que no existió vulneración de derechos fundamentales de la demandante cuando fue despedida por motivos inexistentes, apareciendo que la causa fue la baja por incapacidad temporal que precedió al despido lo que conduce a la inaplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y a la consiguiente declaración de improcedencia del despido prevista en el propio precepto.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. Es cierto que en ambos supuestos se ha despedido a trabajadores que se encontraban en situación de incapacidad temporal en el momento del despido, sin embargo las diferencias existentes entre ambos supuestos son relevantes, como a continuación se consignará.

Las diferencias entre las sentencias comparadas son las siguientes: 1º) en la sentencia recurrida la empresa efectúa un despido objetivo por causas económicas, en tanto en la sentencia de contraste realiza un despido por ineptitud sobrevenida con posterioridad a la contratación.

2º) En la sentencia recurrida ha quedado acreditada la concurrencia de la causa esgrimida por la empresa para proceder al despido, a saber la existencia de una causa

objetiva de carácter económico, en tanto en la sentencia de contraste no se ha acreditado la concurrencia de causa alguna que justifique el despido.

3º) En la sentencia recurrida la empresa mantiene que el despido es procedente - al entender que concurre la causa económica alegada-, en tanto en la sentencia de contraste la empresa ha reconocido expresamente, tanto por escrito como en la comparecencia ante el SMAC, que el despido es improcedente, consignando la indemnización correspondiente a dicho despido.

4ª) En la sentencia recurrida el debate es si el despido objetivo de la actora no resulta justificado porque encubre un fraude de ley y abuso de derecho, ya que la verdadera razón del despido son las bajas de la actora, por lo que ha de ser calificado de nulo o, subsidiariamente, improcedente, en tanto en la sentencia de contraste no se examina la improcedencia del despido, ya que esta ha sido reconocida por la propia empresa, sino si el despido es nulo por discriminatorio.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS lo que supone que en esta fase procesal el recurso haya de ser desestimado.

TERCERO.-Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de DOÑA Frida frente a la sentencia dictada el 8 de enero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación número 3095/2013, interpuesto por la citada recurrente frente a la sentencia dictada por el

Juzgado de lo Social número 3 de los de Huelva el 13 de junio de 2013, en los autos número 1406/2012, seguidos a instancia de DOÑA Frida contra CECOFAR (Centro Cooperativo Farmacéutico) sobre DESPIDO. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 5 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Social nº 2 de Las Palmas, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que, teniendo por desistida a la parte actora de su demanda contra el SERVICIO CANARIO DE SALUD, y desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por MUTUA ASEPEYO frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y CANARIAS DE LIMPIEZAS URBANAS, S.A. sobre PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL, debo absolver ya absuelvo a las mismas de los pedimentos contenidos en la demanda en su contra».

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- La empresa demandada tiene cubiertos los riesgos de contingencias profesionales con la Mutua actora, no estando aquélla al corriente del abono de sus cuotas adeudando en el periodo de diciembre de 2009 a diciembre de 2010, las mensualidades de: 12.2009 la cuantía de 135.766,04 euros.- 01.2010 la cuantía de 159,51 euros.- 01.2010 la cuantía de 153.062,97 euros.- 02.2010 la cuantía de 141.479,71 euros.- Siendo el adeudo total en tal fecha de 1.982.646,77 euros.-

SEGUNDO.- Dña. Tomasa, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 26.09.2009, siendo baja por IT el 28.09.2009 hasta 16.10.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 433,08 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 2.514,75 euros en concepto de asistencia sanitaria.- TERCERO.- Dña. Agueda, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 08.01.2010, siendo baja por IT el 08.01.2010 hasta 15.02.2010, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 1.152,18 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 400,08 euros en concepto de asistencia sanitaria.- CUARTO.- D. Ambrosio, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 01.10.2009, siendo baja por IT el 02.10.2009 hasta 05.10.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 117,34 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 210 euros en concepto de asistencia sanitaria.- QUINTO.- Dña. Elisabeth, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 21.11.2009, siendo baja por IT el 23.11.2009 hasta 30.11.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 215,93 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 246,59 euros en concepto de asistencia sanitaria.- SEXTO.- D. Evaristo, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 13.11.2009, siendo baja por IT el 13.11.2009 hasta 16.11.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 87,01 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 138,43 euros en concepto de asistencia sanitaria.- SÉPTIMO.- Doña. Joaquina, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 30.11.2009, siendo baja por IT el 30.11.2009 hasta 09.12.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 322,72 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 552,29 euros en concepto de asistencia sanitaria.- OCTAVO.- D. Indalecio, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 15.12.2009, siendo baja por IT el 15.12.2009 hasta 16.12.2009,

habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 42,09 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 228,43 euros en concepto de asistencia sanitaria.- NOVENO.- D. Manuel, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 19.12.2009, siendo baja por IT el 19.12.2009 hasta 21.12.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 48,32 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 271,28 euros en concepto de asistencia sanitaria.- DÉCIMO.- Dña. Rebeca, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 23.12.2009, siendo baja por IT el 23.12.2009 hasta 27.08.2010, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 7.629,30 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 271,28 euros en concepto de asistencia sanitaria.- UNDÉCIMO.- D. Ramón, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 20.07.2009, siendo baja por IT el 23.12.2009 hasta 19.02.2010, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 1.416,66 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 379,59 euros en concepto de asistencia sanitaria.- DUODÉCIMO.- D. Valeriano, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 30.12.2009, siendo baja por IT el 30.12.2009 hasta 30.12.2009, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 27,23 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 73,43 euros en concepto de asistencia sanitaria.- DECIMOTERCERO.- Doña. Adoración, trabajador/a de la empresa demandada sufrió un accidente de trabajo el 22.12.2009, siendo baja por IT el 23.12.2010 hasta 11.01.2010, habiendo abonado la empresa la prestación de incapacidad temporal en pago delegado, deduciendo tal abono de los TC2 en cantidad de 532,19 euros.- Además de ello, la Mutua demandada abonó la cantidad de 346,75 euros en concepto de asistencia sanitaria.- DECIMOCUARTO.- La TGSS dictó resolución de aplazamiento de deuda a favor de la demandada por la deuda generada de febrero de 2004 a enero de 2010, a razón de 3.923.115,65 euros, adeudando a fecha de 08.10.2013 la cantidad de 20.496,81 euros por la mensualidad de octubre de 2007, la de

873,98 euros por las mensualidades de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, y la de 55.262,28 euros y 177,21 euros por las mensualidad de enero de 2010.- DECIMOQUINTO.- Que en fecha de 17.03.2011, la Mutua actora interpuso reclamación previa ante el INSS y TGSS»

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de ASEPEYO, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, la cual dictó sentencia en fecha 12 de diciembre de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua de Accidentes de Trabajo y de la Seguridad Social nº 151, Mutua Asepeyo frente a la sentencia de fecha 5-11-13, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 2 de esta localidad, que revocamos, y en consecuencia, estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la Mutua de Accidentes de Trabajo y de la Seguridad Social nº 151, Mutua Asepeyo contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, y la empresa Gestión y Reciclaje de Canarias, SA condenando a Gestión y Reciclaje de Canarias, SA al pago de la cantidad de 18.778,22 Euros con responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS en caso de insolvencia».

CUARTO.- Por el Letrado D. Daniel Colio Salas, en la representación que ostenta de D. Jose Antonio, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, 15 de julio de 2013 (R. 3227/2012) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de abril de 2009 (asuntos acumulados C-378/07 Y C-380/07).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de noviembre de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Conforme a los HDP: a) la empresa demandada tiene cubiertos los riesgos de contingencias profesionales con la Mutua Asepeyo, adeudándole cuotas por importe de 1.982.647 euros entre el Diciembre de 2009 y Diciembre de 2010; b) la empresa ha abonado a doce trabajadores de la empresa subsidio de IT por accidentes de trabajo producidos entre el 20/07/09 y el 08/01/10; c) la demandada ha deducido los correspondientes abonos de los TC2; y d) en Mayo/2013, la TGSS aplazó la deuda generada desde Febrero/04 a Enero/10 [3.923.115,65 €]

2.- Se formula demanda por la Mutua frente a la Empresa, INSS y TGSS, instando que se condene a la Empresa y subsidiariamente al INSS -como entidad subrogada en el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo- al abono de 18.778,22 € por el referido subsidio y prestaciones sanitarias satisfechas a los referidos trabajadores. Demanda que fue desestimada mediante sentencia dictada por el J/S número 2 de los de Las Palmas de Gran Canaria en 05/11/13 [autos 537/11], sobre la base de los hechos probados anteriormente relatados y bajo la argumentación de que «las bajas médicas de los trabajadores, o son anteriores a dicho periodo [incumplimiento entre 12/09 y 12/10] o de diciembre de 2009, y sólo una de ellas en enero de 2010, por lo que no constan descubiertos relevantes al tiempo del accidente para apreciar la existencia de responsabilidad empresarial directa en el abono de las cantidades reclamadas».

3.- Sin embargo, con esta misma base fáctica [muy particularmente los débitos precedentes a las situaciones de IT indicadas, ya desde 2004] y tras referir en detalle jurisprudencia relativa la responsabilidad directa del empresario y a la subsidiaria del INSS, la STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria 12/Diciembre/14 [216/14] condena a la empresa al pago de la cantidad reclamada, «con responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS en caso de insolvencia».

4.- Se interpone recurso de casación para la unidad de la doctrina por parte del INSS, presentando como contraste la STS 22/02/12 [rec. 1895/11], que en supuesto - idéntico al de autos- de responsabilidad directa de la empresa por prolongado incumplimiento de la obligada cotización, declara la inexistencia de responsabilidad

subsidiaria de las Entidades Gestoras [INSS/TGSS] para el caso de que la empresa hubiese abonado la prestación de IT por contingencias profesionales y descontase luego su importe en los TC2, por tratarse de una responsabilidad propia y no de un pago delegado.

SEGUNDO.- 1.- La impugnación del recurso efectuada por la Mutua no cuestiona la existencia de contradicción, pero formula al mismo tres objeciones: a) que la inexistencia de responsabilidad subsidiaria «fue una cuestión que no suscitó debate y que en modo alguno puede tratarse novedosamente» en este trámite; b) que el pronunciamiento hipotéticamente estimatorio del recurso sólo debe alcanzar a las cantidades abonadas por IT, pero que deben mantenerse la responsabilidad subsidiaria del «INSS respecto de la asistencia sanitaria, cuya adecuación no ha sido discutida por ninguna de las partes personadas»; c) que ha de confirmarse la sentencia recurrida, en tanto que se ajusta a la doctrina de la STS 10/11/09 [rec. 288/09].

2.- Es innegable -ni se cuestiona por la recurrida- la existencia de la preceptiva contradicción, puesto como queda reflejado anteriormente, es patente que nos hallamos ante sentencias -las contrastadas- que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, tal como requiere el art. 219.2 LJS (por ejemplo, SSTS 07/07/16 -rcud 615/15-; 12/07/16 -rcud 3314/14-; y 19/07/16 -rcud 2258/14-).

3.- De otra parte tampoco proceden las dos objeciones formales que hace la impugnante, siendo así que -con independencia de cualquier otra consideración- la absoluta oposición del INSS a la demanda, comporta el rechazo tanto de la responsabilidad subsidiaria que en ella se pretendía, cuanto de su posible extensión a los gastos de asistencia sanitaria, que -además- ni tan siquiera son de su incumbencia [en su caso corresponderían al Servicio Canario de Salud].

4.- Finalmente, en lo que a la cuestión de fondo corresponde hemos de aceptar el recurso del INSS y absolverle de la condena subsidiaria efectuada por la Sala del TSJ de Canarias, habida cuenta de que conforme a nuestra doctrina:

a).- Por consecuencia del principio de automaticidad, «... la existencia de un incumplimiento en las obligaciones de la Seguridad Social ... de conformidad con el art. 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social [LGSS] en relación con el art. 94.2 de Ley Articulada de la Seguridad Social [LASS], determina la responsabilidad del empresario en el pago de la prestación; responsabilidad que implica el desplazamiento de la que, conforme a la regla del número 1 del art. 126, corresponde a la entidad gestora o colaboradora competente, la cual, sin embargo, asume en determinados casos ... la obligación de anticipar la prestación en virtud del denominado principio de automaticidad, lo que, a su vez, determina que la entidad que ha asumido el pago de la prestación se subrogue en los derechos y acciones de los beneficiarios frente al empresario responsable art. 126.3.4º. De esta forma, la entidad que anticipa la prestación se subroga en la acción del beneficiario contra el empresario responsable» (así, STS 29/11/11 -rcud 372/11-).

b).- A pesar de tal principio de automaticidad y de la responsabilidad de garantía que comporta para la Mutua, el INSS y la TGSS -en tanto que sucesores del FGAT- siguen respondiendo subsidiariamente frente a la Mutua por la insolvencia del empresario incumplidor (SSTS 04/02/89 -ril 280/90-; 08/07/91 - rcud 26/91-; ... 29/11/11 - rcud 372/11-; y 22/02/12 - rcud 1895/11-), porque lo anteriormente indicado debe «entenderse acorde con la transitoria sexta de la Ley General de la Seguridad Social, en la que se dispone la subsistencia del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, con mantenimiento de sus competencias y funciones, pues este mandato demuestra que la instauración del principio de automaticidad de las prestaciones no debe "alterar el área de responsabilidad del citado Fondo, ni debía suponer, por tanto, que parte de la que a éste correspondía hubiera de recaer sobre la Mutua Patronal que, como consecuencia de dicho principio, hubiera, anticipado prestaciones causadas, ya que tal pago, como se ha dicho, produce subrogación en los derechos y acciones que correspondieran al beneficiario". De ahí que el INSS y eventualmente la Tesorería General de la Seguridad Social en el ámbito de sus respectivas competencias, en cuanto sucesores del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, deban responder subsidiariamente ante la Mutua en caso de insolvencia del empresario» (STS 29/11/11 - rcud 372/11-).

c).- Pero la función de garantía que ostenta la Mutua frente a la Administración de la Seguridad Social no se extiende a supuesto en que la prestación haya sido abonada -correctamente- por el empresario incumplidor de sus obligaciones, pero que indebidamente ha realizado ese abono como pago delegado y lo ha descontado de las correspondientes cotizaciones, «porque la Mutua no ha realizado ningún pago al trabajador para cubrir la desprotección causada por el incumplimiento del empresario» (SSTS 29/11/11 -rcud 372/11-; y 22/02/12 -rcud 1895/11-). Y al efecto se argumenta que «[e]se descuento constituye una infracción por parte del empresario responsable de las normas sobre recaudación en periodo voluntario, al proceder a compensar un pago, que, aunque real, no había hecho en nombre de la Mutua ni por delegación de ésta, sino cubriendo una responsabilidad propia... Pero esa infracción no puede dar lugar a una acción atendible de garantía por parte de la Mutua frente a la Administración de la Seguridad Social, porque la Mutua no ha realizado ningún pago al trabajador para cubrir la desprotección causada por el incumplimiento del empresario, que ha pagado correctamente la prestación al trabajador, pero la ha descontado indebidamente a la Mutua, con lo que ... estamos ante un problema de recaudación en periodo voluntario, que determinará en su caso el recurso a la vía ejecutiva para recuperar lo indebidamente descontado... la responsabilidad del Fondo de Garantía de Accidentes... no se extiende a cubrir los perjuicios que la entidad colaboradora pueda sufrir por el funcionamiento irregular de la repercusión del pago delegado en la recaudación en periodo voluntario» (STS 29/11/11 -rcud 372/11-).

d).- Como colofón argumental a lo precedentemente dicho cabe indicar que «... la normativa específica de la Seguridad Social carece de una previsión concreta que regule el supuesto de la conducta aquí enjuiciada puesto que el haber satisfecho el subsidio debido al trabajador, no respondía a la realidad. Efectuada esta deducción, sin causa legal, no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria que se pide, porque el Fondo asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua patronal» (SSTS 30/09/02 -rcud 223/02; y 22/02/12 -rcud 1895/11-).

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

2º.- Revocar en parte la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria en fecha 12/Diciembre/2014 [rec. nº 216/14], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 05/Noviembre/2013 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Las Palmas [autos 537/11]. 3º.- Resolver el debate en Suplicación, acogiendo en parte la pretensión de la demandante MUTUA ASEPEYO y decidiendo mantener la condena de la empresa «GESTIÓN Y RECICLAJE DE CANARIAS, SA» y absolver al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social de la responsabilidad subsidiaria pretendida. Lo que se acuerda sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 1 de Julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Dª Celsa suscribió contrato de trabajo con LIMPIEZA INITIAL EL 21 de noviembre de 2005 y pasó después de sucesivas subrogaciones a la empresa LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A. el 15 de septiembre de 2012.

2º.- La categoría es de Limpiadora y el salario de 1.288, 30 euros como salario mensual con parte proporcional de pagas, jornada completa.

3º.- Prestó servicios para el cliente TRANSPORTES AZKAR, S.A. en Meco.

4º.- Se notifica el 29 de noviembre de 2013, con efectos 3 de diciembre, la extinción del contrato conforme al art. 49.1.b) ET, por no contar con el permiso de trabajo al ser ciudadano extranjero. Se da por reproducido (folio 11).

5º.- Ha estado en incapacidad temporal del 18 de junio de 2013 a 5 de julio de 2013, del 9 de julio de 2013 a 23 de agosto de 2013, siendo bajas acumuladas.

6º.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 acordó citar a la actora para el 29 de octubre de 2013 como demandante en procedimiento contra la Delegación de Gobierno, por denegación de permiso de residencia (doc. 2 y 3 de la empresa).

7º.- La actora, el 2 de diciembre de 2013, solicita autorización de residencia y trabajo (doc. 5 de la actora y 7 de la empresa).

8º.- Se adeuda las vacaciones del año 2013, 1.300,92 euros.

9º.- Se presenta papeleta de conciliación ante el SMAC el 10 de diciembre de 2013, se celebra sin efecto el 2 de enero de 2014 y se presenta demanda el 15 de enero de 2014.

10º.- Comparecen las partes».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«(1) Debo desestimar y desestimo la demanda en reclamación por despido formulada por D^a Celsa frente a LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A.

(2) Se estima la reclamación de cantidad formulada por D^a Celsa frente a LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A. y se condena a la empresa LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A. a abonar a la actora la cantidad de 1.300,92 euros más 75,88 euros en concepto de interés por mora».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Celsa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 30 de enero de 2015 en la que consta el siguiente fallo:

«Estimamos el recurso interpuesto por el Sr. Letrado D. JOSÉ ANTONIO BUSTILLO VILLANUEVA en nombre y representación de D^a. Celsa contra la sentencia de fecha 1/7/2014 dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de MADRID, en sus autos número 71/2014. En su consecuencia revocamos parcialmente la sentencia de instancia y:

1º) Declaramos que el despido de la recurrente, producido el 3 de diciembre de 2013, constituye despido improcedente.

2º) Condenamos a LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, SA" (LIMPISA") a que abone a la recurrente D^a. Celsa indemnización por importe de 16.363,9 euros.

3º) Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de LIMPISA, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 23 de marzo de 2015.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la parte recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 13 de junio de 2012 (rollo 1228/2012).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 18 de septiembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de octubre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia recurrida declara la improcedencia del despido de la trabajadora a la que el 29 de noviembre de 2013 la empresa comunicó su cese basándose en la pérdida de su permiso de residencia y trabajo.

Sostiene la indicada sentencia de la Sala de Madrid que la falta de permiso laboral no actúa como condición resolutoria y tiene en cuenta, además, que se desconoce cuál fue la fecha en que caducaron los indicados permisos y, por tanto, no consta si la trabajadora extranjera había solicitado o no su renovación en tiempo y forma. Se acredita que, al menos el 29 de octubre de 2013, estaba pendiente un procedimiento ante los órganos judiciales de lo contencioso- administrativo por la impugnación de la resolución administrativa denegatoria del permiso y que el 2 de diciembre de 2013 la actora había solicitado, al parecer, de nuevo, extremo no aclarado, tales permisos.

2. La empresa demandada acude ahora a la casación para unificación de doctrina y aporta la sentencia de 13 de junio de 2012 (rollo 1228/2012) de la misma Sala madrileña.

En ésta se trataba de una trabajadora extranjera que estaba exenta de la necesidad de autorización para trabajar y residir en España por estar casada con un ciudadano español. En su contrato de trabajo se había comprometido a comunicar a la empresa cualquier cambio de estado civil que incidiera en esta circunstancia. Pese a ello, se declara probado que en abril de 2010 le caducó el permiso de trabajo y residencia y le fue denegada la renovación. Finalmente, en fecha 17 de mayo de 2011 la empresa le comunica que pone fin al contrato de trabajo por no haber presentado la indicada renovación, lo que provoca la impugnación por parte de la trabajadora mediante demanda de despido.

El Juzgado desestimó la demanda por sentencia que fue confirmada en suplicación. Esta sentencia de contraste analiza la cuestión de la pérdida de la autorización para trabajar cuando el contrato de trabajo se ha suscrito inicialmente en situación de regularidad del trabajador extranjero, para concluir que la indicada pérdida es causa de extinción del contrato de trabajo porque ha de ser considerada como una condición implícitamente consignada en el contrato.

3. Entre la sentencia recurrida y la aportada como referencia concurre la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS. En efecto, son análogas las situaciones fácticas sobre los que se asienta una controversia jurídica de contornos también similares, cual es la que se refiere a la consideración que, a los efectos de la finalización del contrato de trabajo, pueda tener la pérdida de la autorización administrativa para trabajar en España de los trabajadores extranjeros de países ajenos a la Unión Europea (UE). En ambos supuestos se aborda, además, la consideración que merece la conveniencia de acudir al art. 49. 1 b) del Estatuto de los trabajadores (ET) aun cuando ninguna condición resolutoria no hubiera sido expresada en el contrato de trabajo.

SEGUNDO.- 1. El recurso de la empresa invoca las STS/4ª de 23 febrero y 10 marzo 1983, y 8 junio 1987, así como los arts. 7 c) y 49.1 b) ET, 1124 del Código Civil y 36.3 de la LO 4/2000.

2. La cuestión de la validez y efectos del contrato de trabajo celebrado por quien, careciendo de la nacionalidad de alguno de los Estados Miembros de la UE, ha sido abordada en múltiples ocasiones por los pronunciamientos de esta Sala IV del Tribunal Supremo.

Partiendo de la inicial consideración de nulidad del contrato de trabajo del trabajador extranjero irregular, la doctrina de esta Sala había admitido, no obstante, que el trabajador pudiera exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido (ex art. 9.2 ET) por el trabajo que ya hubiese prestado.

Tras la entrada en vigor de la LO 4/2000, de 11 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Sala pasó a tener en cuenta la especial relevancia de su art. 36.5 , según el cual «la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación (...)».

El precepto se mantuvo en la LO 8/2000 y sigue estando vigente en los mismos términos tras la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

3. En la STS/4ª de 9 junio 2003 (rcud. 4217/02) afirmábamos - si bien para el caso de la determinación de responsabilidad por accidente de trabajo- que «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo, y, siendo ello así, no puede privarse al trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo»

En congruencia, en nuestras STS/4ª de 29 septiembre 2003 (rcud. 3003/2002), 21 junio 2011 (rcud. 3428/2010) y 17 septiembre 2013 (rcud. 2398/2012) sostuvimos que es obligado concluir que la misma ley salva la sanción de nulidad del contrato proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

4. El debate que ahora suscitan tanto la sentencia recurrida, como la de contraste es el de las consecuencias de la extinción contractual ocasionada por la circunstancia de que el trabajador pierda - por falta de renovación- la necesaria autorización para trabajar. La sentencia recurrida entiende que este hecho no puede llevar aparejada aquella extinción porque el contrato de trabajo no estaba sometido de modo expreso a esa condición resolutoria que, no obstante, invoca la empresa con amparo en el art. 49.1 b) ET . Concluye así con la afirmación de que la extinción del contrato ha de ser tratada como un despido improcedente, si bien, dada la imposibilidad de readmisión ante la situación irregular en la que se encuentra la actora, impone directamente la condena a la empresa al abono de la indemnización.

Este aspecto relacionado con las consecuencias del fin del contrato de trabajo por sobrevenir la circunstancia de que el trabajador extranjero deje de estar autorizado para trabajar en España subyacía también en las STS/4ª de 21 junio 2011 y 17 septiembre 2013, antes mencionadas. Ambas tenían como base una situación de esas características - carencia absoluta del permiso en el primer caso y no renovación en el segundo-. La respuesta que dimos entonces fue la de reconocer a los demandantes el derecho a la indemnización por despido improcedente (más los salarios de tramitación entonces procedentes en virtud de la legislación aplicable).

En ninguno de aquellos dos supuestos se explicita cuál sería la causa legal de extinción, de entre las que ofrece el listado del art. 49 ET. No existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación de la causa objetiva del apartado a) del art. 52 ET. Pero, en todo caso, es lo cierto que la fijación de las consecuencias económicas del cese como si se tratara de un despido improcedente, que en ambas sentencias se hace, excluye subsumir este tipo de situaciones en una causa extintiva previamente aceptada en el contrato y, por ende, huérfana de compensación para el trabajador. La solución alcanzada en las sentencias que mencionamos pasa por entender que, efectivamente, la

pérdida del permiso justificaría la extinción del contrato de trabajo, más el extranjero sin la pertinente autorización no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley.

5. La utilización del apartado b) del art. 49.1 ET para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho. En el caso concreto, bastaría con poner de relieve la nula mención al respecto en el contrato de trabajo tanto de la trabajadora demandante (tampoco aparecía esa expresión en el supuesto de la sentencia de contraste). Pero hemos de ir más allá en nuestras consideraciones pues, en todo caso no sería admisible que las partes del contrato previeran como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negocial de la parte trabajadora, la cual puede encajar en el apartado l) del mencionado art. 49 ET y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52 ET. El precepto legal sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría cláusula abusiva aquélla que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador.

No cabe duda de que la pérdida de la autorización para trabajar en España imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero. Tampoco puede negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Sin embargo, nuestro legislador ha querido dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y, como ya hemos expresado, los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente.

6. La congruencia con la doctrina que hemos venido construyendo desde la entrada en vigor de la LO 4/2000 nos ha de llevar a compartir la solución adoptada por la sentencia recurrida.

TERCERO.- 1. En consecuencia, hemos de desestimar el recurso al ser la doctrina correcta la que se plasma en la sentencia recurrida.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235 LRJS , procede condenar en costas a la parte recurrente, con pérdida de los depósitos y consignaciones dados para recurrir, a los que se les dará el destino legal.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por Limpiezas Pisuerga Grupo Norte, LIMPISA, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de enero de 2015, recaída en el recurso de suplicación nº 813/2014 formulado por D^a Celsa contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid de fecha 1 de Julio de 2014 (autos número 71/2014). Condenar en costas a la parte recurrente, con pérdida de los depósitos y consignaciones dados para recurrir, a los que se les dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE NOVIEMBRE
DE 2016**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 24 de mayo de 2013, el Juzgado de lo Social número 2 de Castellón, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los

siguientes: "PRIMERO.- El demandante, RETA, y teniendo suscrita la cobertura tanto por contingencias profesionales como comunes con la Mutua demandada, inició un proceso de incapacidad temporal el 11/03/2011 (Hechos no controvertidos). SEGUNDO.- En fecha 30/06/2011 y con un mes de antelación (folio 139) tenía cita con la Mutua para revisión de su proceso, dejando de acudir sin justificar la causa y sin hacer uso del plazo de 10 días posteriores para alegar lo que a su derecho conviniera. La Mutua por burofax de fecha 13/07/2011 dirigido a la dirección que el actor había indicado en su solicitud de la prestación (folios 141/ss y 145) intentó la comunicación de la resolución por incomparecencia, nuevamente lo hizo mediante burofax de fecha 2/12/2011 (folio 143/ss), dándole contestación en sentido desestimatorio a su reclamación previa. TERCERO.- El actor está siendo tratado en la clínica Barraquer de Barcelona de su patología no contando fecha de visita el día de referencia, existiendo consultas anteriores y posteriores (folios 124/ss). CUARTO.- La base reguladora de la prestación de IT es de 66'66 euros (hechos no controvertidos). QUINTO.- Consta agotada la vía previa".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Demetrio contra la Mutua ASEPEYO nº 151, debo absolver y absuelvo a la demanda de los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2014, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Demetrio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Castellón de fecha 24 de mayo de 2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.- Sin costas".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Demetrio recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24-9- 2007 (R. 695/2007), Tribunal

Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17-10-2012 (R. 1554/2012) Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20-7- 2012 (R. 3437/2011) y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22-5-2012 (R. 4109/2011).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación por MUTUA ASEPEYO, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 10 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia impugnada -dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 4 de febrero de 2014 (recurso 1846/2013)- desestimando el recurso de suplicación formulado por el beneficiario de la seguridad social demandante, confirmó la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda interpuesta contra la Mutua demandada en reclamación por Incapacidad Temporal.

2. En presente caso, según los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las siguientes circunstancias: a) El demandante inició un proceso de incapacidad temporal el 11-3-2011; b) En fecha 30-6-2011, con un mes de antelación, tenía cita con la Mutua para revisión de su proceso, dejando de acudir sin justificar la causa y sin hacer uso del plazo de 10 días posteriores para alegar lo que a su derecho conviniera; c) La Mutua por burofax de fecha 13-7- 2011 dirigido a la dirección que el actor había indicado en su solicitud de la prestación intentó la comunicación de la resolución por incomparecencia, haciéndolo nuevamente mediante burofax de fecha 2-12-2011, dándole contestación en sentido desestimatorio a su reclamación previa (presentada en fecha 14-10-2011); y, d) El actor está siendo tratado en una clínica de Barcelona de su patología ocular, no constando fecha de visita el día de referencia, existiendo consultas anteriores y posteriores.

3. Formulada demanda en impugnación de la decisión de la Mutua Asepeyo de extinguir al demandante, el pago del subsidio por Incapacidad Temporal, la sentencia de instancia la desestima, básicamente, por entender injustificada la incomparecencia del demandante al reconocimiento médico al que había sido citado por la Mutua.

4. La sentencia recurrida, dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, desestima en primer lugar los motivos de revisión fáctica, que tenían por objeto: a) dejar constancia de que el actor no pudo acudir al reconocimiento médico para el que había sido citado "por coincidir con un control en la clínica Barraquer de Barcelona el mismo día"; y, b) que no tuvo conocimiento de los burofaxses de resolución por incomparecencia. Con respecto a esta segunda cuestión, la Sala estimar ello irrelevante para la resolución de la cuestión controvertida, pues no arroja ninguna luz que permita discernir si la incomparecencia del actor al reconocimiento médico estaba justificada a tenor de las circunstancias concurrentes; adicionando, además, que en la sentencia ya se relata que tales buroxases no fueron retirados por el demandante pese a que se remitieron a la dirección que constaba en la solicitud de pago de la prestación. Y en cuanto a la primera cuestión, señala que el dato que se pretende introducir entra en flagrante contradicción con el hecho probado tercero, cuya modificación no se ha interesado, en el que se declara probado que, pese a existir consultas anteriores y posteriores, no consta fecha de visita el día de referencia. En cuanto a la censura jurídica, alegándose por el recurrente infracción del art. 131 LGSS , por haber justificado su inasistencia, no se estima, indicando la Sala que el demandante no ha justificado (o, en último caso, no lo hizo en el plazo concedido al efecto en línea con lo dispuesto en el art. 79.1 Ley 30/1992), la causa de su incomparecencia a la revisión médica para que la que fue debidamente citado, y en segundo lugar, tampoco se acepta la vulneración que se alega del art. 80.2 RD 1993/1995, Reglamento de colaboración de las MATEPSS, por las irregularidades que se imputan al escrito de la Mutua en el que comunica su decisión de extinción de la prestación, pues el mismo no tenía ningún déficit de fundamentación que hubiera podido causar indefensión en el demandante. Señalándose finalmente, por la Sala de suplicación, que el hecho de que los burofaxses no fueran retirados por el actor de la oficina de correos no puede perjudicar a la Mutua, cuando consta que fueron remitidos

al domicilio que el actor hizo constar en su solicitud de pago de la prestación como propio.

SEGUNDO.-1. En su escrito de recurso de casación unificadora, plantea la recurrente cuatro cuestiones, mediante cuatro sucesivos motivos y con invocación, asimismo, de cuatro sentencias de contraste. Ahora bien, con carácter previo al examen de los concretos motivos de recurso, procede el examen y resolución de las alegaciones del recurrente contenidas en su escrito de 23-2-2015, subsiguiente al auto de esta Sala de 3-11-2014, por el que se admitió el documento aportado por el demandante-recurrente, conforme a lo establecido en el artículo 233 LRJS, y emitido a su instancia por la Mutua ASEPEYO. En este escrito de alegaciones, señala que si bien en las cartas de la Mutua se indicaba un código postal nº 12003 que es el correcto y el que el beneficiario hizo constar en la solicitud de pago directo de la prestación (Folio 145), por alguna razón causada por la falta de diligencia sólo atribuible a la MUTUA, los burofaxes se remitieron a la misma dirección, pero al código postal nº 12006 (...), por lo que queda acreditado que no le llegaron al destinatario por causa imputable al remitente, motivo por el que se deben revisar los hechos probados e incluir expresamente... el que solicita que es el siguiente : " Que los burofaxes remitidos por la MUTUA ASEPEYO, y obrantes a los folios 141 a 144 presentados por la MUTUA en el acto del juicio, fueron remitidos a un código postal erróneo y por ello no llegaron a su destino, siendo dicho error achacable a la propia MUTUA ASEPEYO ."

2. Lo que propone el recurrente no es en ningún caso admisible. Ciertamente, que la Sala admitió dicho documento, pero como se dice en el mismo, siguiendo la doctrina de esta Sala -sentencias 5-12-2007 (rcud 1928/2004; 11-10-2011 (rcud 64/2010) y 03-12-2013 (rcud 354/2012)-, la admisión e incorporación del documento a las actuaciones se efectúa "...sin perjuicio de su valoración en el momento procesal oportuno..." Pues bien, señalando ya, previamente, de acuerdo con las mencionada sentencias de 11-10-2011 y 03-12-2013 , que en el recurso extraordinario de casación unificadora no es posible la revisión de los hechos declarados probados, la valoración del contenido del repetido documento que efectúa la Sala es la siguiente : 1) lo único que deriva directamente del mismo es que: a petición del interesado, la Mutua con fecha

27-3-2003, expone: que con referencia al expediente de Contingencias Comunes, NUM000 , de D. Demetrio , con fecha de baja 4-3-2014, ha existido un error en la base de datos de afiliación, constando un código postal erróneo. El código que constaba era el 12003, y se cambió el día 21-3-2014 por el correcto que es el 12100 ; 2) estos datos son absolutamente irrelevantes y no permiten obviar las contradicciones en las que incurre el mismo beneficiario recurrente, que evidencian, al menos, una conducta negligente por su parte, entre otras: a) que en los escritos de la Mutua el código que figura es el 12003 y no el 12006 (que es el que consta respecto de la dirección de la Mutua); b) la propia parte en su escrito de alegaciones de 23-2-2015, indica que el correcto es el código postal 12003; c) y en el escrito de demanda el código postal que hace constar el actor, siempre para la misma calle, número y localidad, es el 12003; y 3) lo expuesto nos lleva a considerar en la fase de decisión de este recurso, que el documento aportado no podría llevar a la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, y a estimar la existencia de contradicción con alguna de las sentencias de contraste invocadas, único supuesto, en el que ante la imposibilidad de revisar el relato de hechos probados en este recurso extraordinario, procedería, para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar indefensión a alguna de las partes, decretar la nulidad de las actuaciones, conforme al art. 240 de la L.O.P.J ., y acordar reponer las mismas al momento en que se dictó la sentencia de instancia. Pero como éste no es -como se ha razonado- el caso y, además, como se apreciará seguidamente, ninguno de los motivos de recurso plantea una posible contradicción por defectuosa citación derivada de la defectuosa indicación del código postal, se impone -como ya hemos anticipado- el rechazo de las alegaciones del recurrente contenidas en su escrito de 23-02-2015.

TERCERO.- 1. Entrando ya en los motivos del recurso, la primera cuestión, versa sobre la falta de acreditación en plazo de la causa justificativa de la incomparecencia al reconocimiento médico, por considerar que al actor no se le dio plazo para justificar la inasistencia antes de que se acordara la extinción. Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24-9-2007 (R. 695/2007), que estima el recurso de suplicación interpuesto en nombre y representación de la Mutua MUTUAL MIDAT CYCLOPS, en autos sobre extinción del

subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia a los reconocimientos médicos, declarando la nulidad de actuaciones, reponiéndolas al momento anterior a dictar sentencia a fin de que se dicte nueva sentencia en la que, partiendo de la competencia de la Mutua para extinguir el subsidio de incapacidad temporal y de la validez del procedimiento llevado a cabo por la Mutua, se entre a resolver sobre la cuestión de fondo objeto de la controversia, sin hacer expresa imposición de costas.

2. En el segundo de los motivos de su escrito de recurso, versa igualmente sobre la falta de oportunidad del actor para justificar su inasistencia antes de la adopción de la decisión extintiva, el recurrente alega como sentencia de contradicción la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17-10- 2012 (R. 1554/2012), que estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, revocando la sentencia de instancia, declara su derecho a seguir percibiendo la prestación de incapacidad temporal que le fue extinguida por la Mutua con efectos 23-10-2011. En este supuesto el demandante inició proceso de incapacidad temporal el 6-10-2011, situación en la que permanecía en el momento de la celebración del acto de juicio. El 18-10-2011, la Mutua cursó burofax al actor, citando al mismo para el primer control de su situación de incapacidad temporal, control que habría de verificarse el 25 de octubre siguiente; comunicación que no se entregó a su destinatario, si bien se dejó aviso de la misma, la cual quedó ulteriormente caducada en el referido servicio. Sin que mediara ulterior comunicación ni citación alguna por parte de la Mutua, la misma acordó el 10-11-2011 la extinción de la prestación económica compensatoria de la incapacidad temporal con efectos de 23-10-2011. Tras la notificación de esa decisión al interesado, el mismo comunicó a Mutua que no había tenido noticia de la convocatoria para reconocimiento y que instaba por ello su citación a tal efecto. Entiende la Sala que en el caso se está ante una decisión extintiva desproporcionada y que no vino precedida de una actuación de Mutua lo suficientemente diligente como para disipar cualquier recelo acerca de la notificación cierta al interesado de su convocatoria a reconocimiento. En primer lugar, y ello resulta decisivo para el Tribunal, la Mutua tan sólo practicó una notificación al actor para su reconocimiento. En relación con ello, además, no puede dejar de señalarse que el artículo 59.2 Ley 30/1992, contiene un criterio en materia de notificación de los actos y resoluciones administrativas en la sede domiciliar del interesado, cuando esa

notificación hubiere resultado frustrada en su primer intento, consistente en la repetición por una sola vez de la notificación dentro de los tres días siguientes a ese primer intento. Y, aunque es estrictamente cierto que las Mutuas no se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley citada, no cabe sin embargo perder de vista que, en la materia que es aquí objeto del litigio, se está ante una actividad de gestión de una prestación pública de protección, Y en relación con lo que se está comentando, en fin, tampoco cabría rechazar de forma tajante la posibilidad de que el servicio de Correos incurra en alguna suerte de error material a la hora de dejar aviso al interesado del intento de notificación de la convocatoria a reconocimiento médico y que ese error determine que el aviso no llegue a su destinatario. Y, en segundo lugar, el actor, que sí atendió la segunda comunicación o notificación cursada por la Mutua a cuyo través se participaba al interesado la extinción del subsidio de incapacidad temporal, manifestó tras esa comunicación a Mutua que no había tenido conocimiento de la convocatoria para reconocimiento, poniéndose a disposición de los servicios médicos de la Mutua a fin de llevar a cabo el correspondiente control de la situación protegida, revelándose con ello una conducta del trabajador autónomo presidida por la buena fe y por la voluntad de no eludir ese control.

3. En el tercero de los motivos de recurso, que plantea el recurrente tiene por objeto determinar que la sentencia recurrida no ha permitido justificación de la inasistencia con posterioridad al plazo indicado en la carta de citación. Se alega como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20-7-2012 (R. 3437/2011), que estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, revocando la sentencia de instancia, revoca la resolución extintiva de la Mutua demandada y declara su derecho a seguir percibiendo la prestación de incapacidad temporal hasta la fecha de su extinción legal. Consta en ese caso, que el demandante había sido citado a reconocimiento médico por la Mutua en fecha 29-6-2009, siendo conocedor de este hecho por haber suscrito el documento que consta al folio 50; no obstante, el demandante no compareció en la mencionada fecha; la demandada remitió al actor un requerimiento por burofax el día 1-7-2009 para que en el plazo de 10 días justificara la causa de la incomparecencia; dicho escrito no llegó a su poder, no obstante el aviso dejado por el servicio de correos; la Mutua decidió la extinción de la incapacidad

temporal con efectos del 30-6-2009; el demandante se encuentra en tratamiento por dependencia alcohólica en la entidad Marenostrum Centro Terapéutico, habiendo sido dado de alta en fecha 20-5-2009 y siguiendo desde dicho momento tratamiento por desintoxicación en el mencionado centre requiriendo su presencia de martes a jueves de 9 a 20 horas en centro de día y los lunes al centro de seguimiento de Barcelona. La Sala señala que la incomparecencia del actor al reconocimiento en la fecha programada es obvia y no se ha negado. Lo que debe analizarse es si concurría o no justificación, y a este respecto, viene a considerar, tras razonar a propósito de la situación concurrente y de la doctrina jurisprudencial seguida con carácter general, que el informe médico al que se remite el hecho probado sexto de la sentencia contempla en forma expresa que en el tratamiento terapéutico instaurado por MARENOSTRUM consta la necesidad que el demandante acudiera de 9 a 20 horas en el centro de día -obviamente, a efectos de control-, y que el equipo médico había citado al demandante los días 29 y 30 de junio. Y es evidente que la citación de la Mutua coincidía con el indicado horario. Por lo tanto, es indudable la concurrencia de causa justificativa. Otra cosa es que el actor hubiera tenido que haber notificado este hecho a la Mutua y las obvias dificultades de comparecencia a la citación, así como la imposibilidad de asistencia al reconocimiento el día 29 de junio. Pero es éste un aspecto que en nada incide en el juicio de justificación -más allá, en su caso, de posibles medidas sancionadoras- que es el que cabe aplicar al presente supuesto.

4. Y para el cuarto -y último- de los motivos, que tiene por objeto impugnar que la sentencia recurrida haya dado por bueno y con plenos efectos extintivos el acto de comunicación de la decisión extintiva de la Mutua mediante la remisión de un único burofax, se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22-5-2012 (R. 4109/2011), que estima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y, revocando la sentencia de instancia, deja sin efecto la resolución de la Mutua ASEPEYO que acordaba extinguir su derecho a percibir la prestación por incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico. Mediante carta, la Mutua convocó al actor el 15-10-2009 para visita médica para el seguimiento de la IT a las 9:40. Esa carta la remitió la Mutua al domicilio del actor por burofax con acuse de recibo. El servicio de correos certificó el 8-

10-2009 que no se había entregado y se había dejado aviso. El actor no compareció a reconocimiento médico. Mediante escrito de 25-10-2009 la Mutua comunicó al actor que extinguía el derecho al percibo de la prestación por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico el 15-10-2009; ese escrito se notificó al actor en el mismo domicilio y lo recibió. Presentó el actor reclamación previa, desestimada por la Mutua mediante escrito de fecha 14-12-2009, en el que indicaba al actor que no justificaba la falta de asistencia; ese escrito se notificó al actor en el mismo domicilio y lo recibió. La Sala, tras referirse a la doctrina que considera aplicable en relación a los arts. 58.1 y 59 Ley 30/1992 , considera que de los datos que constan a la sentencia no se desprende en absoluto que se siguiera el procedimiento en ellos previsto; sino que lo acreditado es que se dejó aviso, sin la concreción de cómo se entregó el aviso ni de si la entrega era personal y sin precisión de la identidad de la persona que lo recibió, y teniendo en cuenta que no consta en ninguna parte que se volviera a intentar la entrega en el lapso de tres días y en distinta hora, es obvio que no se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos para tener por efectuada la notificación y en consecuencia no se puede proceder a la extinción de la prestación por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, puesto que no se puede afirmar sea negligencia del interesado no atender el aviso de correos, sino que, contrariamente, se constata que fue negligencia de la Mutua obviar la comprobación de la correcta notificación o el envío de una segunda notificación tal como lo exige la normativa administrativa aplicable al caso.

CUARTO.-1. La Mutua demandada, en su escrito de impugnación al recurso, niega que entre las sentencias comparadas concorra la necesaria contradicción, criterio que es compartido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

2. Con carácter previo, pues, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y esta contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque

no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala entre otras muchas en las SSTS 18/12/12 -rcud 1117/12-; 24/01/13 -rcud 823/12-; 05/02/13 -rcud 929/13-; 15/4/2013 -rcud 1279/2012 y 15/5/2014 -rcud 2229/2103-.

3. La aplicación de la anterior doctrina al caso impide apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la ya trascrita sentencia designada como de contraste - sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24-9-2007 (R. 695/2007)-, para el primer motivo del recurso. De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . En efecto, ninguna contradicción doctrinal es posible apreciar a efectos sustantivos entre una sentencia, la recurrida, que entra en el fondo del asunto y otra, la de contraste que, sin entrar en el fondo, declara la nulidad de actuaciones.

4. Tampoco cabe apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada para el contraste en el segundo motivo de recurso, o sea la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 17-10-2012 (R. 1554/2012). En efecto, no puede apreciarse la existencia de contradicción entre esta sentencia y la recurrida, dado que, en primer lugar, los hechos acreditados relativos a la recepción o no de las comunicaciones efectuadas por las Mutuas y las actuaciones desarrolladas por los actores al respecto no son coincidentes, de este modo, en la sentencia de contraste, y ello resulta decisivo para el Tribunal, la Mutua tan sólo practicó una notificación al actor citándole para su reconocimiento; mientras que en la sentencia recurrida, no se discute sobre la citación para el reconocimiento, y respecto de las citaciones relativas a la extinción, consta claramente que fueron dos y que el actor

presentó alegaciones tras la primera de ellas, que fueron contestadas por la Mutua en la segunda. Y, en segundo lugar, tampoco son equiparables los debates jurídicos, así, en la sentencia de contraste la Sala de suplicación se ha limitado a resolver sobre las cuestiones relativas a la recepción o no por el actor de la comunicación de la Mutua a la cita programada y sus consecuencias sin abordar en absoluto la justificación de la inasistencia; mientras que en la sentencia recurrida no se discute sobre la comunicación de la Mutua para el reconocimiento médico, y se ha entendido que el demandante no ha justificado la causa de su incomparecencia a la revisión médica para que la que fue debidamente citado, toda vez que consta en los hechos probados, sin que se haya admitido su modificación, que pese a existir consultas anteriores y posteriores, no consta fecha de visita el día de referencia en la clínica privada en la que el actor estaba siendo tratado de sus dolencias oculares y que es lo que él alega como causa justificativa.

5. En cuanto al tercero de los motivos del recurso, para el que se invoca como de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20-7- 2012 (R. 3437/2011), es inexistente asimismo la falta de contradicción. En efecto, si bien ambas resoluciones atienden a la justificación de la inasistencia de los actores a la cita programada por la Mutua, pero los hechos acreditados al respecto son muy distintos, lo que justifica los diversos pronunciamientos alcanzados. De este modo, en la sentencia de contraste consta que el demandante se encuentra en tratamiento de desintoxicación por dependencia alcohólica a la entidad Marenostum, así como la necesidad que el demandante acudiera de 9 a 20 horas en el centro de día a efectos de control, y que el equipo médico había citado al demandante los días 29 y 30 de junio, coincidiendo la citación de la Mutua con el indicado horario; y nada similar se acredita en la sentencia recurrida, en la que lo acreditado ha sido que, pese a existir consultas anteriores y posteriores, no consta que el día de la cita de la Mutua tuviera el actor visita en la clínica privada en la que estaba siendo tratado de sus dolencias oculares y que es lo que él alega como causa justificativa.

6. A la misma conclusión de falta de contradicción hay que llegar con respecto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22-5-2012 (R. 4109/2011),

que se señala para el contraste en el cuarto -y último de los motivos del recurso. Al igual que el anterior e incluso obviando que en la sentencia de contraste se debate sobre la comunicación de la cita a la revisión médica y en la recurrida sobre la comunicación de la extinción de la prestación, en primer lugar, los hechos acreditados en cada caso no son equiparables, así en la sentencia de contraste consta acreditado que la Mutua convocó al actor mediante carta remitida a su domicilio por burofax con acuse de recibo, y que el servicio de correos certificó que no se había entregado y se había dejado aviso; pero no hay concreción de cómo se entregó el aviso, ni de si la entrega era personal, y sin precisión de la identidad de la persona que lo recibió; y, aún más importante, no consta que se volviera a intentar la entrega; mientras que en la sentencia recurrida constan dos comunicaciones y existe respuesta a la primera de ellas por el recurrente, de este modo, la Mutua por burofax de fecha 13-7-2011 , dirigido a la dirección que el actor había indicado en su solicitud de la prestación, intentó la comunicación de la resolución por incomparecencia, haciéndolo nuevamente mediante burofax de fecha 2-12-2011, dándole contestación en sentido desestimatorio a su reclamación previa (presentada en fecha 14-10-2011). En segundo lugar, tampoco son iguales los debates jurídicos suscitados, pues en la sentencia de contraste se ha abordado el hecho de constar un único intento de comunicación al beneficiario y, consecuentemente, la aplicación de los arts. los arts. 58.1 y 59 Ley 30/1992; mientras en la recurrida constan dos intentos de notificación, y se ha tratado de la aplicación del art. 80.2 RD 1993/1995, Reglamento de colaboración de las MATEPSS.

7. En definitiva, se trata de sentencias, todas ellas que, en sendos supuestos particulares y concretos, adoptaron decisiones de signo diverso, con relación a la obligación del beneficiario del subsidio de Incapacidad Temporal de acudir a reconocimiento médico a citación de la entidad aseguradora, y a la vista de las circunstancias, especialmente fácticas, en las que se ha producido la notificación, concurrentes en los supuestos objeto de comparación, por lo cual no puede hablarse de discrepancia doctrinal alguna que precise de unificación, y que una vez más, ponen de manifiesto la dificultad de apreciar la existencia de contradicción en estos casos.

QUINTO.-1. Los razonamientos procedentes conllevan -de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal- a desestimar en este momento procesal, por falta del requisito ineludible de contradicción, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el beneficiario de la seguridad social demandante, sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José-Vicente Gil Martí, en nombre y representación de D. Demetrio contra la sentencia dictada el día 4 de febrero de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Recurso de suplicación 1846/2013 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 24 de mayo de 2013 pronunció el Juzgado de lo Social número 2 de los de Castellón , en los autos número 436/2012, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra MUTUA ASEPEYO en impugnación de alta médica. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 14 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando íntegramente la demanda formulada por Dª Vanesa contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL, la UTE IMESAPE Y PROHOGAR JARDÓN Y ALONSO SL debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado, absolviendo a la demandada del petitum de la demanda". Con fecha 26 de noviembre de 2014 se dictó Auto de Aclaración en cuya parte dispositiva se dice: 1.- Estimar la solicitud de Dª. Estibaliz de aclarar la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 14 de noviembre de 2014 en el sentido que se indica a continuación "en los HECHOS CUARTO, SEXTO y SEPTIMO, así como en el FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO y FALLO, debe figurar como demandante el nombre de Estibaliz.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: 1º) Dª Estibaliz con DNI NUM000, nacida el día NUM001 de 1965, se encuentra afiliada a la Seguridad Social en el Régimen General con el número nº NUM002 con la categoría profesional de ayudante de cocina prestando servicios para UTE RESIDENCIA CAUDAL las contingencias profesionales y comunes al momento del hecho causante eran cubiertas por LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL. La trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal el día 24 de junio de 2013, en la contingencia de enfermedad común con el diagnóstico de infarto cardíaco. 2º) A instancia de la Mutua se inicia expediente de cambio de contingencia a los fines de que el periodo de baja iniciado el día 24 de junio de 2013 sea considerado de enfermedad común, recayendo Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 7 de noviembre de 2013, en el que resuelve: Declarar el carácter profesional de la Incapacidad Temporal iniciada por Dª Estibaliz en fecha de 24 de junio de 2013, y determinar como responsable de esta prestación de Incapacidad Temporal a LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES INTERCOMARCAL. 3º) LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

INTERCOMARCAL interpuso Reclamación previa solicitando se declare que en el periodo de incapacidad iniciado en fecha 24 de junio de 2013 fuera declarado como enfermedad común que fue estimada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 30 de enero de 2014, en virtud de informe propuesta de fecha 8 de enero de 2014 contra la que se formuló la demanda rectora del presente proceso en fecha de 19 de febrero de 2014. 4º) Dª Estibaliz presenta el siguiente cuadro clínico: SCACEST. Enfermedad coronaria de 3 vasos. Angioplastia en DA. BY-pass coronario cuádruple. 5º) La trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal el día 24 de junio de 2013. 6º) Dª Estibaliz prestaba servicios para UTE IMESAPE Y PRHOGAR JARDON Y ALONSO SL como ayudante de cocina en la residencia Valle del Caudal a jornada completa con turno de 08:30 a 15:30 horas. El día 23 de junio 2013 (domingo) desde el momento en que la trabajadora inició su jornada laboral no se encontraba bien y sobre las 11:00 horas aproximadamente cuando se encontraba en su puesto de trabajo manifestó que estaba mal y que tenía un fuerte dolor en el pecho, estómago y vómitos, ante lo cual fue trasladada por UVI móvil y trasladada al HUCA donde se le diagnosticó de enfermedad coronaria de 3 vasos, precisando de angioplastia en DA y posterior revascularización. En informe del HUCA nº 282.255 se recoge como datos clínicos que el dolor torácico empezó a las 22:00 horas del día 22 de junio de 2013. 7º) En resolución de la Dirección provincial del INSS de fecha 11 de junio de 2014 Dª Estibaliz ha sido declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo en la contingencia de enfermedad común con derecho a percibir una pensión vitalicia en la cuantía del 100% de una base reguladora de 713,29 €/mensuales en catorce pagas anuales, con efectos de 9 de junio de 2014. 8º) Se fija la base reguladora en la contingencia de enfermedad común en 37,93 €/día.».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado D. Indalecio talavera Salomón, en nombre y representación de Dª Estibaliz , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 13 de marzo de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Estibaliz contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA

SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA INTERCOMARCAL y la empresa UTE IMESAPE Y PROHOGAR JARDON Y ALONSO SL, sobre Incapacidad Temporal, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.».

CUARTO.- Por la representación de D^a Estibaliz , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de diciembre de 2013 en el Recurso núm. 726/2013 .

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso procedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 20 de octubre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La demandante fue trasladada el 23 de junio de 2013 desde su puesto de trabajo al HUC al manifestar que tenía fuerte dolor en el pecho, estómago y vómitos, no encontrándose bien desde el momento de inicio de su jornada laboral. Se le diagnosticó enfermedad coronaria de tres vasos precisado angioplastia en DA y posteriormente revascularización. El Informe del H U C A recoge como datos clínicos que el dolor torácico empezó a las 22 horas del día 22 de junio de 2013.

Tanto el proceso de incapacidad temporal como la incapacidad permanente absoluta han sido declarados de origen común.

La sentencia parte como elemento esencial para apreciar la ruptura del nexo causal del dato consistente en que el dolor torácico empezó a las 22 horas del día 22 de junio de 2013 cuando la demandante estaba disfrutando de un periodo de descanso.

Recorre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 18 de diciembre de 2013 por la Sala Cuarta del tribunal Supremo (R.C.U.D. 726/2013).En la sentencia de comparación el trabajador,

tras experimentar sobre las 2 horas del 15 de septiembre de 2005 dolor torácico opresivo que duró 15 minutos, náuseas, vómitos, acudió a su trabajo y cuando ya se encontraba en él, sobre las 7,45 horas presenta dolor retroesternal opresivo de 20 minutos de duración. Consultado el médico de la empresa se le deriva al hospital, se orienta el cuadro como infarto lateral no Q. y se le deriva al Hospital de Sant Jordi para estudio y tratamiento. A lo largo de un año anterior al 15 de septiembre de 2003 refiere haber sufrido episodios de dolor torácico sin relación con el esfuerzo que se acompaña de sudor frío y sensación de OFEC y tos.

En informe realizado el 13 de noviembre de 2016 constan los datos de cardiopatía isquémica IAM, implantación STENT, vasculopatía periférica, claudicación intermitente, isquemia intestinal, trastorno depresivo.

La reclamación de contingencia profesional fue rechazada en la instancia y en suplicación siendo la referencial la que accede a dicha calificación por entender que la existencia de antecedentes de tipo coronario o padecer con anterioridad una enfermedad cardiaca no es bastante para excluir el trabajo como factor desencadenante, puesto que la lesión surgió en el lugar y tiempo de trabajo, términos y razonamiento a su vez extraídos de la sentencia que sirvió para establecer en aquel caso la contradicción y que la sentencia referencial hace suyos no obstante carecer dicha sentencia de contraste de semejante base fáctica ya que en esa sentencia no se nos da noticia de que padeciera ningún síntoma, lo único que se nos dice es que «sobre las 10 horas del 17 de junio de 2004 sintió un fuerte dolor torácico cuando se hallaba prestando servicios como oficial de 1ª.»

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque

no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011.

Entiende la Sala que entre ambas resoluciones no cabe establecer la preceptiva contradicción.

En la sentencia recurrida la dolencia de la demandante es de la misma etiología que los síntomas sufridos la noche anterior a dirigirse la actora a su trabajo.

Por el contrario en la sentencia referencial, el infarto acaece en el lugar de trabajo y es de tener en cuenta la especial caracterización que la jurisprudencia ha otorgado al infarto creando una especificidad como accidente que no ha reconocido en otras dolencias.

La apreciación en el trámite de dictar sentencia de una causa de inadmisión determina la desestimación del recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, sin que haya lugar la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Indalecio Talavera Solomón, actuando en nombre y representación de D^a Estibaliz, contra de la sentencia dictada el 13 de marzo de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 404/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo, en autos núm. 157/2014, seguidos a instancias de D^a Estibaliz frente al INSS, TGSS, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales Intercomarcal y la empresa UTE IMESAPE y Prohogar Jardon y Alonso S.L.. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia dictó sentencia , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que

estimando la demanda interpuesta por DON Severino frente a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES, S.L. y el INSS-TGSS, revoco la resolución administrativa de fecha 18 de noviembre de 2013, y declaro la existencia de responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo sufrido el 25 de abril de 2011 por D. Severino, y, en consecuencia, declaro que las prestaciones económicas derivadas de dicho accidente, descritas en el hecho probado noveno, sean descritas en un 40%, con cargo a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: «PRIMERO.- El trabajador, DON Severino, con DNI NUM000, nacido el NUM001 /1955, afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 y encuadrado en el Régimen General, ha venido prestando servicios para la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., como instalador electricista, con la categoría de oficial de primera. La empresa dedica su actividad al mantenimiento de instalaciones eléctricas, postes de electricidad y similares, prestando sus servicios para la empresa IBERDROLA. SEGUNDO.- El día 25 de abril de 2011, D. Severino sufrió un accidente de trabajo, mientras prestaba sus servicios para la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., realizando labores de desmontaje del tendido eléctrico en las instalaciones de la empresa BODEGAS SIERRA en el término municipal de Villalmanzo. La cuadrilla de trabajo estaba formada por cinco trabajadores, dirigidos por el encargado D. Avelino, el cual abandonó el lugar tras distribuir el trabajo. El Sr. Avelino dio la orden a D. Eduardo, que actuaba como jefe de equipo en ausencia de aquel, de proceder, junto con el Sr. Severino, al desmontaje del trenzado que iba desde la fachada al apoyo de madera (poste) y desde éste al apoyo de hormigón. Tras realizar la desconexión del trenzado sin incidencias, el Sr. Eduardo y el Sr. Severino se dirigieron al poste de madera, y procedieron a colocar una escalera de mano apoyada para el ascenso. D. Severino fue el encargado de subir a la escalera, mientras que el Sr. Eduardo sujetaba la escalera en la base. Tras cortar el Sr. Severino el cable de trenzado del lado de apoyo de hormigón, el poste comenzó a balancearse y oscilar, provocándose su rotura y la caída del trabajador, anclado al poste, de aproximadamente diez metros. Los trabajadores no arriostraron debidamente el apoyo de madera, si bien disponían de

medios para ello, ni utilizaron la cesta elevadora que también tenían disponible en el camión. TERCERO .- D. Severino disponía, a fecha del accidente, de formación e información en materia de prevención de riesgos laborales, incluido el riesgo de trabajados en altura, conforme a lo previsto en los artículos 18 y 19 de la Ley 31/1995 . CUARTO.- .- El puesto de trabajo del actor se encontraba, a fecha del accidente, evaluado, contando la empresa con un Plan genérico de seguridad y salud y para la coordinación de actividades empresariales, conforme al artículo 16 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales . El apartado 3.2.4.3 del Plan establece lo siguiente: - Se analizará la resistencia del apoyo antes del ascenso, calzando y retacando debidamente la base y arriostrando cuando sea necesario. - Se compensarán las tensiones mecánicas ejercidas sobre el mismo, amarrando vientos, colocando refuerzos o arriostrando en caso necesario - Cuando se dude de la estabilidad de un apoyo se emplearán grúas o se prohibirá el ascenso - Apoyos de madera (excepto los soportados por zanca de acero). Antes de iniciar cualquier tipo de trabajo en ellos, además de todas las comprobaciones previas, es obligatorio arriostrar. QUINTO .- El 12 de mayo de 2011 se emite informe por la Unidad de Seguridad y Salud Laboral. El informe obra a los folios 210 a 214 de los autos y su contenido se da íntegramente por reproducido. SEXTO .- El 18 de octubre de 2011 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social concluye la investigación del accidente, y se emite informe, cuyo contenido obra a los folios 68 a 72 de los autos. El Inspector concluye lo siguiente "Del conjunto de actuaciones comprobatorias practicadas, hechos comprobados y manifestaciones vertidas con ocasión de las mismas, se concluye considerando que el accidente sufrido por el trabajador tiene su causa en la incorrecta decisión del trabajador. Ciertamente es que la empresa tiene una labor de garante de la salud de los trabajadores. No obstante, se considera que la empresa ha facilitado los medios necesarios para realizar el trabajo de manera segura, ya que, en primer lugar, pone a disposición de los trabajadores una cesta elevadora, que les permite un nivel óptimo de seguridad. Además, facilita a los trabajadores medios mecánicos para el adecuado enclavamiento del poste (cuerdas de seguridad, amarres) los cuales no son usados por los trabajadores. Por ello, el que suscribe entiende que no concurre responsabilidad administrativa de la empresa en relación con el accidente investigado". SÉPTIMO.- El 22 de agosto de 2012 el Inspector de Trabajo emite, a petición del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lerma,

informe ampliatorio en el que manifiesta que a través de las actuaciones comprobatorias practicadas por la Inspección, no quedó acreditado quién ostentaba la dirección de los trabajos, por lo que se entendió que D. Eduardo y D. Severino actuaban en igualdad jerárquica. OCTAVO.- El 25 de febrero de 2013, ante la Jefatura Provincial de Burgos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el trabajador presentó escrito de disconformidad con la actuación llevada a cabo por la Inspección de Trabajo. El 17 de julio de 2013 la Subdirectora General, en contestación al mismo, concluye que la actuación llevada a cabo por dicho organismo en la investigación ha sido correcta y adecuada, tanto en los medios de investigación empleados como en las medidas adoptadas por el funcionario actuante, ajustándose a las normas y preceptos legales de funcionamiento de actuación inspectora. NOVENO.- El accidente sufrido por el trabajador dio lugar a prestaciones de incapacidad temporal, por importe de 22.158,40 euros y de incapacidad permanente total, declarada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 10 de julio de 2012, con arreglo a una base reguladora de 2.246,11 euros al mes, y efectos de 19 de abril del mismo año, siendo el capital coste de la prestación el de 363.935,16 euros. DÉCIMO.- Iniciado a instancia del trabajador, con fecha 25 de junio de 2013, ante la Dirección Provincial del INSS, expediente de recargo en prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, con fecha 18 de noviembre de 2013, acogiendo el dictamen propuesta del EVI de 14 noviembre de 2013, se dicta resolución por la que se acuerda. "Denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo solicitada por D. Severino contra la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo sufrido". UNDÉCIMO.- Tras el acaecimiento del accidente, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Lerma se siguieron Diligencias Previas 189/2011, dictándose, con fecha 7 de febrero de 2013, auto por el que, se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la misma. DUODÉCIMO.- Ejercitada por el trabajador la acción de responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, el 2 de abril de 2014, por el Juzgado de lo Social 3 de Burgos se dictó sentencia estimatoria de la demanda, recaída en autos 1099/2013, en la que se condena a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., y a la compañía

aseguradora MAPFRE EMPRESAS, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., al abono al demandante de una indemnización. No consta si la referida sentencia ha sido o no objeto de recurso.".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, TGSS y Urán Servicios Integrales S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de suplicación formulados por la representación de la empresa URAN SERVICIOS INTEGRALES SL y por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 8 de mayo del 2014 por el Juzgado de lo Social número 2 de PALENCIA (Autos 790/2013), en virtud de demanda promovida por DON Severino contra las referidas recurrentes, sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia en su integridad. Se imponen a la empresa recurrente, URAN SERVICIOS INTEGRALES SL, las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado de la parte recurrida que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.».

CUARTO.- Por la representación de Urán Servicios Integrales S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede Burgos) de fecha 20 de octubre de 2014, en el Recurso núm. 547/2014.

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon

conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 15 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El actor, instalador electricista con categoría de oficial primera, realizaba tareas de desmontaje del tendido eléctrico con una cuadrilla compuesta de cinco trabajadores al frente de la cual se hallaba un encargado. Éste abandonó el lugar de trabajo una vez distribuido el plan de actividad y haber ordenado al que actuaba como jefe de equipo en su ausencia proceder con el demandante a desmontar el trenzado desde la fachada al poste y desde éste al apoyo de hormigón. Finalizada la desconexión del trenzado, colocaron una escalera de mano apoyándola en el poste subiendo por ella el accidentado mientras el otro trabajador sujetaba la base. Una vez cortado el cabo del lado de apoyo de hormigón el poste empezó a balancearse oscilando y rompiéndose lo que provocó la caída del trabajador que estaba anclado al poste, dese una altura de diez metros.

Los trabajadores disponían de cesta elevadora y medios para arriostrar debidamente el poste de madera que no fueron utilizados. El Juzgado de lo Social impuso un recargo del 40% confirmado en Suplicación al considerar al trabajador que acompañaba al actor como jefe de equipo que actuaba a petición del encargado, quién se había ausentado.

Recorre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 20 de octubre de 2014 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos.

La sentencia de comparación revoca la de instancia desestimando así la demanda de indemnización por daños y perjuicios interpuesta por el mismo trabajador que ostenta la condición de parte actora en la sentencia recurrida y en relación al mismo accidente de trabajo en ella descrito.

Son preceptos examinados por la Sentencia al ser objeto de denuncia la infracción el artículo 1902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La sentencia referencial razona, en función de los hechos probados que: «En el caso de autos, no es apreciable dicha responsabilidad empresarial. Pues no existe acto o omisión imputable a la empresa que haya incidido en el desgraciado accidente. Puesto que éste se produjo cuando el trabajador demandante estaba subido a un poste, donde efectuaba su trabajo, y dicho poste se balanceó cayendo al suelo el trabajador. Habiendo observado ya éste que con anterioridad el poste se encontraba torcido. Y aun cuando sabía que debía utilizar grúa, o arriostrar el poste antes de subirse al mismo, y teniendo elementos materiales a su disposición para ello, procedió a subirse al mismo, utilizando medios manuales, una escalera de mano, que estaba siendo sujeta por su compañero. Con la desgracia que al cortar el trenzado el poste, que ya estaba torcido, se balanceó aún más, oscilando, provocándose su rotura, y cayendo al suelo el trabajador. Estando dicho poste torcido ya de antes, por circunstancias ajenas a la actividad empresarial de la entidad recurrente, que simplemente fue a realizar un trabajo encargado por otra empresa, en dicho lugar, concretamente la empresa Bodegas Sierra.».

En la sentencia recurrida es objeto de análisis por ser la fundamentación en la que se apoya el recurso el artículo 123 de la L.G.S.S. en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, así como del artículo 39.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en relación con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de noviembre de 2008 y el artículo 56 del Convenio colectivo del Sector de Siderometalúrgica de Madrid. De ahí que la sentencia valore de manera indistinta que en el lugar de trabajo no se encontrara presente el encargado o que sus funciones fueran válidamente asumidas por el Jefe de Equipo, formado por cinco personas, a la hora de atribuir a la empleadora la elección inadecuada de medios auxiliares de trabajo en lugar de achacar las consecuencias al trabajador. I considera que se halla presente la empresa a la hora de atribuir la facultad de organización. Así mismo otorga relevancia en relación a las previsiones el convenio colectivo que la cuadrilla de trabajo se componía de cinco personas.

En la sentencia de contraste se alega por el recurso la infracción del artículo 1902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La sentencia examina los requisitos que deberán acompañar a la declaración de responsabilidad por culpa contractual, existencia de daños, acción u omisión con incumplimiento de obligaciones de seguridad, nexo causal y relevancia de la conducta del trabajador para llegar a la conclusión de que no cabe establecer una afirmación positiva de culpa o negligencia en la conducta empresarial ante la ausencia de nexo entre actuación y resultado acaecido.

Entre ambas sentencias cabe establecer la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.R.J.S., sin que sea óbice para ello que en la sentencia de contraste la reclamación se dirigiera a destacar la interpretación que mereciera dar al artículo 1902 del Código Civil respecto a los hechos acaecidos pues su invocación se hizo también en relación a los preceptos concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 123 de la L.G.S.S., 39.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, y 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Con carácter previo al análisis de su argumentación deberá examinarse la estructura de la misma pues si bien enuncia la formulación de un solo motivo es lo cierto que en el se incluye la denuncia de infracción de dos preceptos que por su naturaleza habrían merecido el planteamiento de dos motivos por separado.

Así, el precepto que en primer lugar se cita es el artículo 222.4 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil.

En suma se trata de alegar la existencia de cosa juzgada entre ambos procedimientos.

Aun siendo conscientes de la imposibilidad de tratar la cuestión en las fases anteriores del proceso, la sentencia de contraste data el 20 de octubre de 2014 en tanto que el juicio oral ante el Juzgado de lo Social en las presentes actuaciones tuvo lugar el

22 de Abril de 2014, la sentencia recae el 8 de mayo y el recurso de suplicación frente a ésta se interpone el 29 de septiembre de 2014, no resulta factible su apreciación de oficio por hallarnos en la modalidad de casación unificadora siendo doctrina consolidada la necesidad de articular la contradicción respecto de las cuestiones procesales como se ve a continuación: «El artículo 219 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, admite en cuanto que objeto de casación para la unificación de doctrina tanto cuestiones sustantivas como procesales, si bien como reiteradamente ha señalado esta Sala en sentencias de 21 de marzo de 2000 (R. 2260/1999), 16 de Julio de 2004 (R. 4126/03), 6 de junio de 2006 (R. 1234/2005), 28 de mayo de 2008 (R. 813/2007), 9 de julio de 2009 (R. 2186/2008), 22 de marzo de 2010 (R. 4274/2008), 27 de abril de 2010 (R. 2164/2009), 31 de enero de 2011 (R. 855/2009), y 4 de mayo de 2011 (R. 1534/2010), entre otras muchas, este excepcional recurso está condicionado, también cuando el objeto sea el examen de las infracciones procesales -salvo cuestiones de manifiesta falta de jurisdicción o relativas a la competencia funcional de esta Sala-, por la existencia de contradicción, siendo necesario para que pueda apreciarse ésta en los recursos en que se denuncian infracciones procesales no sólo "que las irregularidades que se invocan sean homogéneas", sino también que concurren en suficiente medida "las identidades subjetivas, la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones" que exigía el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y que sigue exigiendo el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, [como así se determinó en las sentencias dictadas en Sala General de SSTs 21 de noviembre de 2000 (R. 2856/1999 y 234/2000), y 28 de febrero de 2001 (R. 1902/2000), y después se reiteró en múltiples, sentencias de esta Sala, entre otras, 29 de enero de 2004 (R. 1917/2003), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 20 de marzo de 2007 (R. 747/2006), 19 de febrero de 2008 (R. 3976/2006), 15 de septiembre de 2009 (R. 1205/2008), 27 de abril de 2010 (R. 2164/2009), 28 de febrero de 2011 (R. 297/2010), y 8 de marzo de 2011 (R. 2327/2010)].».

Que se haya admitido la existencia de contradicción respecto a la cuestión de fondo no implica soslayarla respecto a la cuestión procesal.

No se ha intentado siquiera por la demandada estructurar la contradicción aportando una sentencia que resolviera sobre la cuestión de cosa juzgada, pues tal función no cabe predicarla de una sentencia de contraste que por vez primera se ocupa de la reclamación planteada y es preciso que la cuestión procesal sea tratada como en la sentencia de contraste.

Por lo expuesto procede desestimar la denuncia de infracción del artículo 222.4 de la L.E.C. que como parte del único motivo se formula.

TERCERO.- El recurso alega la infracción del artículo 123 del R.D. 1/1994 de 20 de junio en relación con el artículo 1902 del Código Civil y con el artículo 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El artículo 123 de la L.G.S.S. en la redacción vigente en las fechas en que ocurrieron los hechos se limita a establecer con carácter general la posibilidad de la imposición del recargo. El artículo 1902 del Código Civil establece: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.».

El artículo 17 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales establece: «1. El empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que: a) La utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización.

b) Los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello.

2. El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo.».

La sentencia recurrida cifra en esencia la declaración e responsabilidad de la empresa en la circunstancia de hallarse presente durante los trabajos un Jefe de equipo, así denominado por el convenio Colectivo en una cuadrilla de trabajo formada por cinco personas según expresión de la sentencia. Ello es suficiente según la sentencia recurrida para determinar que la empresa se halla presente, por delegación del Encargado que se ausentó y por lo tanto su responsabilidad.

Los hechos se produjeron en una forma que figura redactada en forma idéntica tanto en la recurrida como en la Sentencia de contraste.

Así, ambos nos dan cuenta e que las tareas a realizar consistían en desmontar un tendido eléctrico, en concreto el trenzado que iba desde la fachada al apoyo de madera (poste) y desde éste al apoyo de hormigón. Se realiza la desconexión del trenzado sin incidencias y a continuación el actor inició el ascenso del poste de madera sin arriostrarlo previamente. El ascenso lo realizó subido a una escalera de mano que otro trabajador sujetaba en la base pese a que disponían de medios para arriostrar así como de una cesta elevadora en el camión. Una vez cortado el cable del lado de apoyo del hormigón el poste comenzó a balancearse y a oscilar provocándose su rotura y la caída del trabajador, anclado al poste.

Consta que el trabajador, con carácter previo al accidente había recibido formación sobre prevención de riesgos incluido el de trabajo en altura así como la evaluación de su puesto de trabajo contando la empresa con un Plan Genérico de seguridad y salud, que se expresa en los siguientes términos: «- Se analizará la resistencia del apoyo antes del ascenso, calzando y retacando debidamente la base y

arriostrando cuando sea necesario. - Se compensarán las tensiones mecánicas ejercidas sobre el mismo, amarrando vientos, colocando refuerzos o arriostrando en caso necesario - Cuando se dude de la estabilidad de un apoyo se emplearán grúas o se prohibirá el ascenso - Apoyos de madera (excepto los soportados por zanca de acero). Antes de iniciar cualquier tipo de trabajo en ellos, además de todas las comprobaciones previas, es obligatorio arriostrar.».

Acreditado que existía tanto la información necesaria acerca del modo de llevar a cabo la operación de desmontaje como los medios adecuados para cumplir con el plan no existe razón para que la conducta de los dos trabajadores, incluido el actor, no siguieran las prescripciones indicadas y además prescindieran de los medios a su alcance por lo que, en el ámbito en que se desarrolla la presente controversia no cabe establecer la relación causa-efecto entre omisión de medidas de seguridad que no es dable imputar a la empresa, y resultado dañoso para el actor.

No consta la imposición por el encargado antes de ausentarse del uso de la escalera de mano ni que el Jefe de Equipo exigiera ese comportamiento al actor, con categoría de oficial 1º sino que actuando conjuntamente éste con el Jefe de Equipo, ni arriostraron el poste ni usaron la cesta elevadora que se hallaba a su disposición.

No cabe incardinar el supuesto que se somete a consideración en ninguna de las infracciones denunciadas cuyo tenor literal se reproduce en esta fundamentación por lo que el recurso visto el informe del Ministerio Fiscal deberá ser estimado resolviendo el debate de Suplicación mediante nueva sentencia que desestima la demanda y absuelve a los demandados sin que haya lugar a la imposición de las costas, acorde con lo dispuesto en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Daniel Muñoz Peinado actuando en nombre y representación de Urán Servicios Integrales S.L., contra de la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en recurso de suplicación nº 1877/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia, en autos número 790/2013, seguidos a instancias de D. Severino frente a INSS, TGSS, y Urán Servicios Integrales S.L. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, resolviendo el debate de Suplicación mediante nueva sentencia que desestima la demanda y absuelve a los demandados. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 9 de octubre de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 4063/2014 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, en los autos nº 792/2011, seguidos a instancia de Don Alexis contra la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es del tenor literal siguiente: "Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Alexis contra la sentencia dictada por el Juzgado de los Social nº 1 de Tarragona, en fecha 28 de Octubre de 2013, en los autos nº 792/11, seguidos a instancia del actor, ahora recurrente, frente a la entidad empresarial Administraciones de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y, en su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia para con

estimación total de la demanda formulada por el actor condenar a Administraciones de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) a abonar al demandante Alexis la cantidad total de 277,42 euros. Sin costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 28 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona , contenía los siguientes hechos probados: "Primero.- El demandante, Alexis , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001 , ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandante, Administraciones de Infraestructuras Ferroviarias, con una antigüedad de 16 de septiembre de 1982, con la categoría profesional de factor de Circulación de 1ª, en el centro de trabajo de Tarragona Clasificación (hechos no controvertidos). Segundo.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. Don. Alexis está afiliado al sindicato Confederación general de Trabajadores (CGT en adelante). (hechos no controvertidos). Tercero.- Por la actividad de la empleadora demandada resulta de aplicación el I Convenio Colectivo del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) (Código de convenio: 9017112. BOE 17 de junio de 2008) (doc. nº 4 demandada). Cuarto.- Por ADIF se ha venido abonando en nómina a los trabajadores que no hayan estado en situación de incapacidad temporal, en clave 401 en concepto de plan de objetivos de productividad, durante el año 2008 el importe de 1.194,26 euros; en 2009 el importe de 1.870,81 euros; y en 2010 el importe de 1.985,96 euros (doc. nº 1 actor; doc. nº 10 y 12 ADIF). Asimismo, ADIF ha abonado a los trabajadores en la nómina del mes de marzo de 2009 en concepto de clave 409 los atrasos al Plan de Objetivos de 2008, el importe de 334 euros. El trabajador percibió en 2009 por este concepto la cantidad de 292,02 euros (hecho no controvertido; doc. nº 6 actor). En concepto de clave 416 la empleadora abonó a los trabajadores la cantidad de 57,57 euros en la nómina del mes de junio de 2009 y la cantidad de 57,57 euros en la nómina del mes de diciembre de 2009. El trabajador demandante percibió por este concepto el importe de 52,48 euros en junio y 57,57 euros en diciembre de 2009 (hecho no controvertido; doc. nº 6 actor). En concepto de clave 401 el actor ha percibido en la nómina del mes de abril de 2008 la cantidad de 587,18 euros y en la de septiembre de 2008 la cantidad de 583,86. En la nómina del mes de abril de 2009 la cantidad de

565,80 euros, y en la nómina del mes de septiembre la cantidad de 935,41 euros. En la nómina del mes de abril de 2010 la cantidad de 992,98 euros y en la de septiembre de 2010 el importe de 983,06 euros (hecho no controvertido; doc. nº 6 actor). Quinto.- La Cláusula Tercera del I Convenio Colectivo del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) presenta el siguiente tenor literal: Año 2007: El objetivo definido es alcanzar índices de productividad superiores al objetivo establecido en el contrato programa suscrito con el Estado, determinado por el ratio Ingresos Comerciales/Número de trabajadores. A tal efecto se dotará una cuantía adicional equivalente al 0,8 % de la masa salarial de referencia, para retribuir el incremento de productividad alcanzado. Con el fin de incentivar el logro del objetivo de mejora fijado, se establece una escala de progresión a aplicar sobre el parámetro de referencia que será la siguiente: El parámetro tendrá una escala de 50 a 140, situando el valor 50 en el mínimo a conseguir y el valor 100 en el objetivo fijado. Por debajo del mínimo, el valor será 0. Entre el 50 y 100, el valor será proporcional al resultado, y en caso de superarse este nivel se considerará 140. El valor resultante una vez aplicada la escala de progresión se consolidará en la clave 401. La masa salarial de referencia para el personal operativo será la correspondiente al ejercicio 2007, a valor 2006, de los trabajadores operativos. Para la Estructura de Apoyo y MIC el incremento se aplicará individualmente al conjunto de retribuciones de cada trabajador durante el año 2007, a valor 2006, y se incorporará al componente fijo de su retribución'. 'Año 2008: Se dotará una cuantía adicional equivalente al 0,8% de la masa salarial ligada al logro de alcanzar un índice de productividad superior al establecido en Contrato Programa (Ingresos Comerciales/Número de Trabajadores). Con el fin de incentivar el logro del objetivo de mejora fijado, se establece una escala de progresión a aplicar sobre el parámetro de referencia que será la siguiente: El parámetro tendrá una escala de 50 a 140, situando el valor 50 en el mínimo a conseguir y el valor 100 en el objetivo fijado. Por debajo del mínimo, el valor será 0. Entre el 50 y 100, el valor será proporcional al resultado, y en caso de superarse este nivel se considerará 140. El valor resultante una vez aplicada la escala de progresión se consolidará en la clave 401. La masa salarial de referencia para el personal operativo será la correspondiente al ejercicio 2008, a valor 2007, de los trabajadores operativos. Para la Estructura de Apoyo y MIC el incremento se aplicará individualmente al conjunto de retribuciones de cada trabajador durante el año 2008, a

valor 2007, y se incorporará al componente fijo de su retribución. Años 2009 y 2010 En el supuesto de resultar de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero de la cláusula 2ª de este Convenio, los incrementos globales para cada ejercicio serán los que se establezcan para la función pública del ámbito de la Administración General de Estado'. El Acuerdo de prórroga del I Convenio Colectivo de ADIF (BOE de 7 de abril de 2009) sustituye la cláusula 3ª del Convenio por la siguiente: 'El incremento global para el año 2009 será el que se establezca para la función pública del ámbito de la Administración General del Estado. En cuanto se conozca, por algún medio oficial, la referencia de incremento retributivo arriba señalado, se convocará en un plazo máximo de 4 días hábiles la Comisión Paritaria, al objeto de llevar a cabo la distribución del citado incremento. En el supuesto de resultar de aplicación la prórroga para el año 2010, el incremento global para dicho ejercicio será el que se establezca para la función pública del ámbito de la Administración General del Estado'. Sexto.- La Federación de Servicios a la Ciudadanía de C.C.O.O. presenta el día 11 de septiembre de 2009 ante la Audiencia Nacional demanda de conflicto colectivo contra ADIF, en la que solicita que se declare el derecho a que el Plan de Objetivos para el año 2008 de ADIF, abonado mediante la clave 409, una vez debidamente calculado, se abone íntegramente, con independencia de que su jornada de trabajo fuera completa o no y por los periodos de suspensión del contrato, puesto que dicho plan de objetivos es un plan colectivo, cuyo devengo depende de alcanzar los objetivos previstos y no en función del tiempo de trabajo desempeñado. El resto de sindicatos se adhirieron a la demanda. El conflicto colectivo fue resuelto por Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2009, cuyo Fallo establece 'Que, estimando la demanda de conflicto colectivo, promovida por C.C.O.O., a la que se adhirieron U.G.T., S.C.G., C.G.T. y S.F., declaramos que los trabajadores del personal operativo, que prestaron servicios en la empresa durante el año 2008, tienen derecho a percibir íntegramente el complemento plan de objetivos de 2008, igual que los trabajadores a jornada completa, sin distinguir en función del tiempo de trabajo, debido a jornadas a tiempo parcial o a situaciones de incapacidad temporal y, en consecuencia, condenamos a ADIF a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos'. Contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional se presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, resuelto mediante Sentencia de 5 de octubre de 2010 , cuyo Fallo dice 'Desestimamos el recurso

de casación, interpuesto por Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra la Sentencia dictada el día 6 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en proceso de conflicto colectivo (autos nº 201/2009), instado por Federación de Servicios a la Ciudadanía de C.C.O.O., y al que se adhirieron la Federación Estatal de Transportes, Comunicaciones y Mar de la Unión General de Trabajadores-U.G.T.-; EL Sindicato de Circulación Ferroviario- S.C.F.-; el Sector Federal Ferroviario de la Confederación General del Trabajo-C.G.T.-; y el Sindicato Ferroviario-S.F.-; contra la mencionada recurrente. Confirmamos la Sentencia recurrida sin imposición de costas'. (doc. nº 9 y 10 actor). Séptimo.- Don. Alexis ha permanecido en situación de incapacidad temporal durante los periodos de tiempo siguientes: Del 23 de octubre de 2006 al 5 de enero de 2007; 5 de marzo de 2007 al 9 de marzo de 2007; 28 de marzo de 2007 al 28 de marzo de 2007; 11 de mayo de 2007 al 11 de mayo de 2007; y 8 de noviembre de 2007 al 9 de noviembre de 2007. Del 13 de febrero de 2008 al 15 de febrero de 2008; 5 de mayo de 2008 al 8 de mayo de 2008; y 13 de octubre de 2008 al 21 de noviembre de 2008. Del 27 de enero de 2009 al 30 de enero de 2009; y 2 de febrero de 2009 al 13 de febrero de 2009. (doc. nº 1 ADIF). Octavo.- Habiendo presentado la parte actora reclamación administrativa en fecha 9 de septiembre de 2011 por la cual se reclamaba el abono de la cantidad de 287,77 euros mas el abono del interés por mora del art. 29.3 ET , en concepto de diferencias dejadas de abonar por el plan de objetivos de los años 2008, 2009 y 2010, se ha dictado resolución desestimatoria por ADIF en fecha 28 de septiembre de 2011 que fue notificada al trabajador (doc. nº 1 que acompaña a la demanda y doc. nº 1 ADIF)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada frente a la reclamación de cantidad por el concepto de clave 401, sin que se pueda entender prescrita la reclamación del pago de la cantidad por las claves 409 y 416, al igual que tampoco la cantidad de 9,92 euros por la nómina del mes de septiembre de 2010 en concepto de clave 401. Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Alexis defendido y representado por el Graduado Social D. Óscar Alías Ginel, contra la mercantil Administraciones de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF en adelante), defendida y representada por el Letrado José María Comas Ferrerons,

condenando a ADIF a abonar a la parte demandante la cantidad de 41,98 euros en concepto de clave 409 y de 5,09 euros en concepto de clave 416".

TERCERO.- Por la representación Letrada de ADIF se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se alega: Primero.- Invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 14-marzo-2013 (rollo 1742/2012).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 2 de julio de 2015, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 4 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión controvertida reside en determinar si es ajustada a derecho la actuación de la empresa ADIF, consistente en deducir del pago del complemento del plan de objetivos de productividad que abona bajo la clave 401, la parte correspondiente a los días en los que el contrato de trabajo ha estado suspendido por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal, en razón de que se considere o no dicho plan de objetivos como un complemento salarial de carácter colectivo.

2.- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala Social del TSJ/Cataluña de fecha 9-octubre-2014 (rollo 4063/2014), que estimó el recurso de suplicación formulado por el trabajador, y condenó a la empresa a pagar el complemento de productividad abonado en la clave 401 sin practicar descuento alguno por los días en los que había

estado en situación de incapacidad temporal, revocando en este punto la sentencia de instancia (JS/Tarragona nº 1 de fecha 28-octubre-2013 - autos 792/2011) que había considerado prescrita una parte de las cantidades reclamadas por tal concepto.

3.- Como sentencia de contraste se invoca por la entidad recurrente la dictada en fecha 14-marzo-2013 (rollo 1742/2012) por la Sala Social del TSJ/Andalucía, sede de Málaga, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y confirmó la sentencia del juzgado de lo social, que consideró ajustado a derecho el descuento practicado por la empresa en el pago del complemento de productividad de la clave 401 de los días en los que la trabajadora estuvo en situación de incapacidad temporal.

4.- Debemos analizar el presupuesto de contradicción entre ambas sentencias como impone el art. 219.1º de la LRJS, para determinar si concurren hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Como destaca el Ministerio Fiscal en su informe, en el supuesto analizado en la sentencia de contraste al estar el agente en situación de incapacidad temporal, la clave 401 que tiene el mismo tratamiento que el salario, la percibe en el subsidio, por lo que, se declara, de estimarse la pretensión de la actora, se estaría cobrando doblemente, a saber en la propia clave 401 en el subsidio de incapacidad temporal. Idéntico argumento utiliza la sentencia de instancia que ha sido revocada por la recurrida, la cual con apoyo en una sentencia de la Audiencia Nacional concluye que el complemento discutido es de naturaleza colectiva y si se alcanzan los objetivos propuestos, deben repartirse entre todos los trabajadores, sin distinción entre aquellos que se hubiesen encontrado durante el periodo de devengo en situación de incapacidad temporal. En conclusión, de lo expuesto, resulta acreditado que las sentencias comparadas son contradictorias, pues, ante idénticas pretensiones en el mismo contorno fáctico, las resoluciones son divergentes.

5.- No obstante aunque en el presente caso no concurriera el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, debería esta Sala entrar a resolver la cuestión suscitada por imperativo de lo dispuesto en la LRJS al determinar los efectos de la sentencia firme recaída en la modalidad procesal de conflicto colectivo, preceptuándose

que "La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria " (art. 160.5 LRJS), dado que en el presente caso durante la tramitación de este recurso, que fue suspendido por esta Sala a la espera que recayera sentencia firme en el proceso de conflicto colectivo instado por la propia empresa sobre la cuestión ahora debatida, existe ya sentencia firme resolutoria del conflicto, en concreto la STS/IV 16-noviembre-2015 (rco 353/2014) en la que se desestimaba la demanda de conflicto colectivo presentada por ADIF sobre la procedencia de descontar del abono de la clave 401 las cantidades correspondientes a los días de ausencia motivadas por IT y ausencia sin abono (huelga, licencias sin sueldo, suspensión de empleo y sueldo).

SEGUNDO.-1.- Debemos, en consecuencia, por imperativo del citado art. 160.5 LRJS aplicar para resolver el presente recurso casacional, pendiente de resolución, los efectos de cosa juzgada de la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo al versar sobre idéntico objeto, dando respuesta a la cuestión principal del recurso empresarial en cuanto denuncia la vulneración de lo dispuesto en la cláusula tercera del I Convenio Colectivo de ADIF.

2.- Como en la citada STS/IV 16-noviembre-2015 (rco 353/2014), -- con doctrina ya aplicada en STS/IV 5-mayo-2016 (rcud 3538/2014) --, se afirma, citando la anterior STS/IV 7-diciembre-2011 (rcud 219/11) que resume la doctrina de las SSTs/IV 5-octubre-2010 (rco 243/2009) y 10 de noviembre de 2010 (rco 222/2009):

<<"el carácter colectivo del cumplimiento de los objetivos determina que si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos es obvio que "también habrán de participar en el reparto quienes, aun con sus contratos suspendidos

por imperativo del art. 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, así mismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir" ...estamos ante "un complemento salarial por resultados, cuyo devengo es propiamente colectivo, alcanzándose, mediante los esfuerzos mancomunados de todos los trabajadores de la empresa, "colectivamente los objetivos propuestos, de manera que, si se alcanzan los objetivos, deberán repartirse mancomunadamente entre todos los trabajadores, ...sin que sea exigible ningún tipo de distinción en función de tiempo de trabajo o de resultados concretos". Por otra parte, la sentencia citada en segundo lugar da también respuesta al segundo argumento de la empresa cuando precisa que tampoco se ha infringido el artículo 45.2 ET que establece la exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso por incapacidad temporal, porque "dicha exoneración no implica ninguna prohibición de establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente... cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda, como lo está la remuneración de las vacaciones, pese a que, ni en uno ni en otro caso, se realiza la prestación laboral por el trabajador">>.

<<" Si, como dice la parte demandada y reconoce la propia empresa demandante y ahora recurrente, la clave 409 forma parte, en cierto modo, de la clave 401, habida cuenta que esta clave 401 trae causa de dos conceptos de productividad, de los que un determinado porcentaje se incorpora a la repetida clave 401, para destruir la argumentación de la sentencia recurrida se necesitaría que la empresa ADIF hubiera acreditado sin lugar a dudas que este sistema de consolidación se había producido por última vez en el año 2010, abonándose desde entonces únicamente como una cantidad fija, sin ningún incremento salarial, lo cual, al fracasar la revisión de hechos probados que se pretendía, no puede deducirse con seguridad de la relación de hechos probados, pues ni siquiera con la prueba pericial se logró llevar al ánimo del juzgador de instancia tal conclusión". En definitiva, no existiendo prueba de que el abono a través de la clave 401 durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010 hubiese variado posteriormente, pasando a ser un abono fijo e invariable desconectado de un concepto variable dependiente de los resultados de productividad obtenidos colectivamente por los trabajadores, procede desestimar el recurso y mantener el criterio de la sentencia recurrida...">>.

3.- De lo que se desprende que no hay base legal para que se puedan descontar los días de incapacidad temporal en el pago del complemento de productividad de la clave 401, correspondiendo a la empresa la carga de probar que su abono pudiere estar haciéndose de una manera diferente a través de alguna de las otras claves y de forma que estuviere justificada la deducción de los periodos de baja médica, lo que no ha conseguido acreditar.

TERCERO. - Quedan así resultan las cuestiones planteadas en el recurso, por lo que, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso empresarial dado que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina jurídicamente correcta, lo que supone para la recurrente la imposición de las costas y pérdida, en su caso, del depósito constituido para recurrir (arts. 228.3 y 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), contra la sentencia dictada el 9-octubre-2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rollo 4063/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado por el trabajador Don Alexis contra la sentencia de fecha 28-octubre-2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona , en autos núm. 792/2011, seguidos a instancia del citado trabajador contra la entidad pública empresarial citada ahora recurrente. Con imposición de las costas y pérdida, en su caso, del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JULIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 20 de enero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- La empresa AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL, se dedica al manipulado y envasado de cítricos, siendo de aplicación el Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Cítricos, Frutas y Hortalizas para la Comunitat Valenciana. (DOCV de 4 de octubre de 2013).

2º.- El presente conflicto colectivo afecta al personal fijo discontinuo que presta servicios para la empresa demandada en sus dos centros de trabajo sitos en Cárcer y en La Pobla Llarga en Valencia. La plantilla de la empresa asciende a 750 trabajadores.

3º.- La empresa demandada procede al llamamiento por orden de antigüedad del personal fijo-discontinuo, si bien cuando el llamado está en situación de IT y, por tanto, no puede incorporarse al trabajo, ni les da de alta ni cotiza por ellos; alta y cotización que sí se produce en el momento de su incorporación, tras emitirse el alta médica.

4º.- En la campaña 2013-2014 han sido llamados por la empresa demandada 15 trabajadores fijos-discontinuos en el almacén de la empresa en Cárcer y otros 6 en el de La Pobla Llarga, quienes se encontraban en situación de IT al inicio de campaña y no pudieron incorporarse al trabajo y a los que la empresa no dio de alta en Seguridad Social ni cotizó por ellos mientras duró tal situación. Dicha relación de trabajadores se encuentra recogida en el documento 1 del ramo de prueba de la empresa y que se da por reproducida en aras de la economía procesal.

5º.- Se dan por reproducidas, el Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social practicada por la Inspección de Trabajo en relación con otra empresa distinta de la demandada pero del mismo sector e informe de la Inspección de Trabajo de fecha

11/07/2011, aportados por la parte actora como documentos 27 y 38 de su ramo de prueba.

6º.- El día 07/11/2014 se presentó papeleta de conciliación ante el Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana, celebrándose el día 19/11/2014, con el resultado de sin acuerdo. El día 3 de diciembre siguiente se presentó demanda en el Decanato de los Juzgados de Valencia, que correspondió por reparto a este Juzgado de lo Social».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Desestimando las excepciones formuladas por la empresa demandada, y estimando la demanda de conflicto colectivo formulada por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO DEL PAÍS VALENCIANO, frente a la empresa AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL, declaro el derecho de los trabajadores fijos-discontinuos que se encuentran de baja por IT cuando se inicia la campaña o se interrumpe durante la misma y se reanuda posteriormente a ser llamados por orden de antigüedad, ser dados de alta y cotizar los días en que les hubiera correspondido trabajar, condenando a AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS SL a estar y pasar por esta declaración».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2015, en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia, de fecha 20 de enero de 2015, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Se acuerda, en su caso, la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos,

así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Se condena a la parte empresarial recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros».

TERCERO.- Por la representación de AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia el día 15 de septiembre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en fecha 22 de septiembre de 2011.

CUARTO.- Con fecha 4 de febrero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si procede el alta y subsiguiente cotización de los trabajadores fijos discontinuos que en el momento de su llamamiento, por inicio de campaña o reanudación de la vigente, se encuentran en situación de incapacidad temporal.

La entidad AMC SPAIN FRESH AND NATURAL FOODS, S.L. recurre en casación la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2015, recaída en el recurso de suplicación 1290/2015 , que confirmó la del Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia. En su día, la

Confederación Sindical de CC.OO. del país valenciano formuló demanda de conflicto colectivo contra la mercantil hoy recurrente en la que se solicitaba que se declarase el derecho de los trabajadores fijos discontinuos que se encuentran de baja por incapacidad temporal cuando se inicia la campaña o se interrumpe y se reanuda posteriormente a ser llamados por orden de antigüedad, ser dados de alta y cotizar los días en los que les hubiese correspondido trabajar. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda, decisión que fue confirmada por la sentencia hoy recurrida. La Sala valenciana, tras considerar adecuado el proceso de conflicto colectivo por estar en presencia de una controversia sobre la aplicación de una norma estatal que ha generado un conflicto real en la empresa que niega el alta a los trabajadores que en el momento del llamamiento se encuentran en situación de incapacidad temporal, fundamentó su decisión en el carácter único del contrato para fijos discontinuos, sin que pueda hablarse de un contrato distinto para cada período de actividad y en el momento del llamamiento, en el que el contrato recobra sus plenos efectos, el empresario debe asumir todas las obligaciones que se derivan del mismo, entre ellas, comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores.

Como sentencia de contraste ofrece el recurrente la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- de 22 de septiembre de 2011, recaída en el recurso 2137/2011 que, confirmando la de instancia, desestimó la petición de un trabajador fijo discontinuo de que se le considerase como cotizado unos determinados períodos temporales coincidentes con los transcurridos desde la fecha del llamamiento hasta la efectiva incorporación en la empresa, cotización que no se produjo por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal. La sentencia referencial entiende que el alta no procede cuando el trabajador llamado a prestar servicios no se reincorpora por hallarse en situación de incapacidad temporal y que sólo procede cuando los trabajadores prestan servicios puesto que es la actividad lo que justifica la obligación de cotizar consecuencia del alta.

Ni el Ministerio Fiscal ni el sindicato impugnante del recurso niegan la existencia de contradicción tal vez porque las doctrinas confrontadas son radicalmente diferentes. La Sala entiende que concurre la contradicción exigida por el artículo 219

LRJS puesto que puede apreciarse, sin dificultad, una razonable identidad fáctica, de pretensiones y fundamentos, con respuestas judiciales contradictorias, habida cuenta que en ambas resoluciones se formula una pretensión idéntica consistente en que se declare que los trabajadores fijos discontinuos que, en el momento del llamamiento se encuentren en situación de incapacidad temporal, tienen derecho a ser dados de alta y a que se produzca la correspondiente cotización por parte de la empresa. No altera la identidad el hecho de que en la sentencia recurrida se plantee una pretensión colectiva y en la referencial sea individual pues, en este caso concreto, la pretensión no se ve alterada por tal circunstancia.

SEGUNDO.- Con una poco depurada técnica procesal, la entidad recurrente, sin cita de motivo casacional, parece denunciar infracción por inaplicación o errónea aplicación de los artículos 15 y 106 de la Ley General de la Seguridad Social, vigente en el momento del planteamiento del conflicto en la instancia. Alega, sustancialmente que en los períodos de inactividad los trabajadores fijos discontinuos están en una situación asimilada al alta según el artículo 36.1.7 del RD 84/1996, de 26 de enero , aunque su contrato este suspendido a causa de la IT, y en aquella situación deben mantenerse mientras persista la indicada situación suspensiva. En todo caso, añade que la obligación de cotización nace con el comienzo de la actividad lo que implica que no puede surgir hasta que no se produzca el fin de la IT.

El Ministerio Fiscal, por su parte, informa en el sentido de considerar procedente el recurso y, en consecuencia, considera que la obligación de alta y cotización surge cuando se prestan servicios efectivos y no antes. En apoyo de su informe cita varias sentencias de esta Sala que, a su parecer, han resuelto la cuestión debatida. En concreto las SSTS de 3 de octubre de 2005, rec. 2233/2004, de 6 de junio de 2007, recurso 568/2006, de 13 de abril de 2009, rec. 84/2008 y de 16 de julio de 2013, rec. 2522/2012. Sin embargo, ninguna de dichas resoluciones de la Sala aborda directamente la cuestión que aquí se plantea. En tales sentencias, respecto del régimen especial agrario de la Seguridad Social, la cuestión que se plantea versa sobre el derecho a la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y el concreto punto a decidir se refiere a la interpretación

del requisito de estar "prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral". Y nuestra jurisprudencia plasmada en las reiteradas sentencias resolvió que la doctrina correcta es exigir que el trabajador esté desarrollando actividad laboral cuando sobreviene la incapacidad de trabajo a efectos de lucrar la prestación de IT. Consecuentemente se trata de un asunto radicalmente distinto al que hay que resolver aquí, con independencia de la influencia que tal doctrina pudiera tener para resolver el problema aquí debatido.

TERCERO.- La Sala entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida y que, por tanto, cuando un trabajador fijo discontinuo es objeto de llamamiento (ya sea por inicio de la actividad o por reanudación de una actividad suspendida) y se encuentra en ese momento en situación de incapacidad temporal corresponde su alta en la empresa que asume la obligación de cotizar de conformidad con las previsiones que las normas aplicables disponen al efecto (artículo 13.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

A los efectos que aquí interesan relativos a la aplicación de la normativa sobre Seguridad Social, no cabe duda de que el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 15.8 ET (en la actualidad en el artículo 16 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores) es contemplado normativamente como una modalidad del genérico contrato a tiempo parcial, a pesar de que, laboralmente, se trata de una modalidad autónoma. Junto al contrato a tiempo parcial común u ordinario en el que el trabajo se realiza de forma constante y continuada ciertas horas al día o días a la semana o al mes e, incluso, al año, y al contrato de tiempo parcial del relevista en una jubilación, la normativa de Seguridad Social en algunos aspectos generales (artículo 245 del vigente texto refundido LGSS) o concretos (desempleo) incluye entre este tipo de contratos a tiempo parcial, aquellos cuyo tiempo de trabajo se realiza de modo intermitente a lo largo del año, bien en fechas ciertas, bien en fechas inciertas cual es el supuesto que nos ocupa. Por ello, la solución al supuesto que se plantea en este recurso debe hacerse teniendo en cuenta las normas que regulan los aspectos de afiliación, altas y bajas y cotización a la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial.

Los contratos de trabajo fijos-discontinuos son contratos de duración indefinida. Existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno. Por ello, el hecho de que la relación laboral simplemente se interrumpa supone, no obstante, que durante el período de inactividad dicha relación subsiste, sin extinguirse ni suspenderse. De esta forma, como pone de relieve la doctrina científica, el derecho de llamamiento instituye a favor de los trabajadores un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha. Por la misma razón, del lado empresarial, el deber de llamamiento consiste en una obligación de hacer que materializa el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores.

Fruto directo de esa obligación empresarial es la necesidad de incorporar al trabajador llamado cuando eso sea posible y, en todo caso, el deber de realizar los trámites oportunos en orden a su registro a los efectos de alta y cotización a la Seguridad Social. En efecto, aunque el trabajador se encontrara enfermo, ello no exime de la obligación de llamamiento a la empresa quien de realizarlo, deberá proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad. En definitiva, deben ser llamados los trabajadores en situación de incapacidad temporal, momento a partir del cual la empresa debe asumir la obligación de colaboración con la Seguridad Social, si bien la reincorporación efectiva al trabajo se producirá a partir del alta médica.

Desde la expresada unidad del contrato, no pueden aplicarse mecánicamente los efectos de los arts. 100.1 y 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que supeditan la obligación de cursar el alta y la cotización al comienzo de la prestación del trabajo, pues en rigor la prestación del trabajador en este tipo de contrato se inicia con la incorporación a la primera temporada, momento en que ya se debe entender cumplido

aquel requisito; se suspende en los períodos de inactividad y renace al inicio de la nueva campaña, momento en el que inexorablemente y por expreso mandato legal el empresario ha de llamar a unos determinados trabajadores (los que ocupan el primer lugar en la lista o los que procede según convenio), inexorabilidad que, otra vez, sugiere que el contrato no era inexistente pues en tal caso ninguna obligación vincularía al empresario. Parece claro, por tanto, que en el momento en que el contrato recobra todos sus efectos, que es el momento del llamamiento para iniciar la campaña, el empresario debe asumir todas las obligaciones de él derivadas, entre ellas, la de comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores.

CUARTO.- A la misma conclusión se llega con la interpretación de otros preceptos que abordan cuestiones conexas. Así, el artículo 4.1.a) párrafo segundo del RD 1331/2012 por el que se regula la Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial, así como la jubilación parcial, dispone, en relación a los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación (trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y contrato de trabajo fijo-discontinuo) y a la prestación económica de Incapacidad temporal, que: "La prestación económica que corresponda se abonará durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de Incapacidad Temporal", previendo en el apartado b) que la entidad gestora o colaboradora se hará cargo del pago directo de la prestación cuando se interrumpa la actividad laboral. Todo ello determina, por un lado, que la prestación de Incapacidad Temporal puede comenzar a percibirse en período de actividad y no antes (salvo que el hecho causante se hubiere producido en un período de actividad anterior); y, por otro, que la norma entiende que mientras se superpongan período de actividad e Incapacidad temporal, la prestación se efectuará, mediante pago delegado, por la empresa, mientras que en los períodos de inactividad en los que, excepcionalmente pueda haber prestación, el pago se efectuará de forma directa por la entidad gestora o colaboradora. Por otra parte, nuestra STS de 26 de mayo de 2003, rec. 2724/2002, a propósito de regulaciones anteriores, ya dijo que el objetivo es: «que la cobertura de la incapacidad temporal se refiera a períodos de actividad laboral, en los que precisamente como consecuencia de esa incapacidad hay una imposibilidad de trabajo y la correlativa pérdida de salarios, que es lo que define la situación protegida... Los períodos de

prestación de servicios no equivalen a la mera vigencia de un contrato de trabajo, que puede tener durante su existencia, períodos en los que no hay prestación efectiva de trabajo ni percepción de salarios, como ocurre en los supuestos suspensivos del artículo 45 ET y en los períodos de inactividad dentro de un contrato fijo discontinuo. Y la finalidad de la norma se desconoce si se permite que, a través de la prestación de incapacidad temporal, se otorguen rentas que no cumplen la función de sustituir la pérdida de las retribuciones, porque la incapacidad no ha supuesto la pérdida de ningún trabajo, al haberse producido durante un período de inactividad».

También nuestra STS de 28 de julio de 1995, rec. 3443/1994, ante una reclamación de despido contra la decisión de una empresa que no dio de alta a un trabajador fijo discontinuo que en el momento del llamamiento se encontraba en situación de incapacidad temporal, tras desestimar que tal actitud pudiera equivaler a un despido aclaró que ello se establecía «sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al trabajador por la falta de dación de alta del mismo en Seguridad Social, en mérito a la situación de Incapacidad Laboral Transitoria en que se hallaba al tiempo de su incorporación al trabajo como fijo discontinuo». Ello, tras remarcar que «la situación de Incapacidad Laboral Transitoria constituye causa de suspensión del contrato de trabajo, en este caso, de carácter fijo discontinuo y que, obviamente, de tal situación se derivan ciertas obligaciones para la empresa, en orden a la cobertura de la expresada contingencia de índole sanitaria». De lo que se infiere que ya, entonces, la Sala entendía que constituía derecho del trabajador ser dado de alta en seguridad Social al inicio de la campaña, aun cuando se encontrase en situación de incapacidad temporal.

Procede por tanto, oído el Ministerio fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida que contiene la buena doctrina.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por AMC Spain Fresh and Natural Foods, SL representado y asistido por el letrado D. Mariano Zaballos Bertomeu. 2) Confirmar la sentencia dictada el 16 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación número 1290/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 13 de Valencia, de fecha 20 de enero de 2015, recaída en autos número 1287/2014, seguidos a instancia de la Confederación Sindical de CCOO del País Valenciano, contra la empresa AMC Spain Fresh and Natural Foods, SL, sobre Conflicto Colectivo. 3) Imponer las costas a la recurrente y decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JULIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 2 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Se estima parcialmente la demanda interpuesta por MUTUA GALLEGA frente a la empresa al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la empresa DOBLE JOTA ANDALUZA, S.L. y, en consecuencia: -Se condena a la empresa DOBLE JOTA ANDALUZA, S.L. a abonar a la MUTUA GALLEGA como responsable directo de la prestación de IT y de los gastos sanitarios derivados del accidente de trabajo sufrido por D. Millán la cantidad de CUATRO MIL QUINIENTOS TRECE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS DE EURO (4.513'90 EUROS) con responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS, respecto de los gastos por asistencia sanitaria, por importe de DOS MIL QUINIENTOS

NOVENTA EUROS CON OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO (2.590'84 euros) para el caso de insolvencia de la anterior.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: «Primero: El día 30 de junio de 2009, a las 13:00 horas, el trabajador D. Millán , el cual trabajaba para la empresa DOBLE JOTA ANDALUZA, S.L., la cual había suscrito el 6 de junio de 2008 documento de asociación como la mutua gallega, sufrió un accidente de trabajo causándole heridas en una mano.- Segundo: D. Millán fue dado de alta en la Seguridad Social por la empresa DOBLE JOTA ANDALUZA, S.L. el día 30 de junio de 2009 a las 13:54 horas.- Tercero: La empresa DOBLE JOTA ANDALUZA, S.L. descontó a la MUTUA GALLEGA, como consecuencia del pago delegado de la prestación de IT de D. Millán las siguientes cantidades: - 1.09182 euros. -1.09182 euros. -739'62 euros.- Cuarto: La mutua, como consecuencia de dicho accidente abonó las siguientes facturas: -Factura emitida por ACHEGOT, S.L. por importe de 110 euros correspondientes a honorarios médicos firmada por el Dr. Luis Miguel . -Factura Digamar servicios S.L.U. por importe de 55974 euros. -Factura de Digamar Servicios S.L.U. por importe de 34870 euros. -Factura emitida por Bruno como anestesista para ser intervenido por el Dr. Gerardo en la Clínica La Salud. - Factura Don. Gerardo por importe de 42613 euros. -Nota de cargo por prestaciones por importe de 10208 euros. -Factura Clínica Nuestra Sra. de la Salud por importe de 83032 euros. -Factura Hospital de Jerez por importe de 14424 euros. -Factura Hospital de Jerez por importe de 14424 euros. -Factura por desplazamiento ELMFADDAL EL MANINOUNI por importe de 190 euros. -Gastos de farmacia por importe de 3381 euros.- Quinto: Por la demandante se ha presentado la correspondiente reclamación ante el INSS y la TGSS.- Sexto: El 27 de mayo de 2010 se celebra ante el CMAC de la Junta de Andalucía acto de conciliación con la empresa DOBLE JOTA ANDALUZA, S.L que, ante su ausencia, se tiene por intentado sin efecto".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 2014, en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el

LETRADO D. PABLO TORRADO OUBIÑA, en la representación que tiene acreditada de la MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, contra la sentencia de fecha dos de septiembre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de los de A Coruña , en autos seguidos a instancia de la RECURRENTE contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la EMPRESA DOBLE JOTA ANDALUZA S.L., sobre REINTEGRO DE GASTOS DE ASISTENCIA SANITARIA DERIVADOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL- ACCIDENTE DE TRABAJO, debemos de revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda debemos condenar y condenamos a la EMPRESA DOBLE JOTA ANDALUZA S.L. a abonar a la MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, como responsable directo de la prestación de IT y de los gastos de asistencia sanitaria derivados del accidente de trabajo sufrido por D. Millán la cantidad de cinco mil cuarenta y ocho euros con treinta y un céntimos (5.048,31 euros) con responsabilidad subsidiaria del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, respecto de los gastos por asistencia sanitaria, farmacéutica y de desplazamiento, por importe de tres mil ciento veinticinco euros con cinco céntimos (3.125,05 euros) para el caso de insolvencia de la anterior, manteniendo el pronunciamiento absolutorio realizado en la sentencia de instancia, en cuanto a la responsabilidad subsidiaria del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en el pago de las prestaciones por IT, y todo ello sin hacer imposición de las costas del recurso. Procede ordenar la devolución a la recurrente del depósito efectuado para recurrir, una vez que sea firme esta sentencia.».

CUARTO.- Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 24 de noviembre de 2009 en el Recurso número 2416/2006 .

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon concluidos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 7 de julio de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La Mutua Gallega de Accidentes satisfizo diversas prestaciones derivadas de accidente de trabajo entre las que se encontraban gastos por asistencia sanitaria, de desplazamiento y farmacia.

La sentencia del Juzgado de lo Social estimó en parte la demanda de la entidad colaboradora frente a la empresa asegurada, el INSS y la TGSS condenando a Doble Jota Andaluza S.L. a una suma que incluía la prestación por Incapacidad Temporal y la asistencia sanitaria a excepción de una factura de honorarios médicos, sin incluir desplazamiento y gastos de farmacia, imponiendo a las entidades gestoras la responsabilidad subsidiaria por los gastos de asistencia sanitaria, si bien no en su totalidad absolviéndola de los gastos de transporte y farmacia.

Recurrió la Mutua en Suplicación para insistir en la condena de la empresa por los gastos de desplazamiento (taxi) y de farmacia así como la factura de honorarios médicos y en la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS por la totalidad de los gastos sanitarios que incluyen los antedichos gastos y la Sentencia de Suplicación estimó la pretensión relativa a los mismos, con responsabilidad directa de la empresa y subsidiaria del INSS y la TGSS.

Recurren el INSS y la TGSS en casación para la unificación de doctrina y ofrecen como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima el 24 de noviembre de 2009.

En la sentencia de comparación se estima el recurso interpuesto por el INSS y la TGSS y se absuelve al INSS y la TGSS de la responsabilidad subsidiaria de los gastos de taxi y de asistencia médica.

Centrado el análisis de la contradicción en los gastos de taxi y de honorarios médicos, se advierte en cuanto a los primeros los aspectos señalados a continuación: en cuanto a los gastos de locomoción, la sentencia analiza las disposiciones de ámbito nacional y las que derivan de la transferencia de ámbitos competenciales para llegar a la conclusión de que la prestación complementaria por transporte no sanitario prevista en el artículo 12 del Decreto 42/1998 de la Xunta de Galicia no puede trasladarse al Sistema Nacional de Salud dándolo por incluido en el catálogo de prestaciones que enuncia el artículo 11.1 a) del Real Decreto 2766/1967 y si por el contrario se integra en el Sistema Nacional de Salud, aplicando la Orden/TIN 971/2009 de 16 de abril dictada en desarrollo de los artículos 11 y 12 del Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre.

La Orden a la que la Sentencia se refiere dispone lo siguiente: «Los beneficiarios de la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, a que se refiere el artículo 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, tendrán derecho a ser resarcidos por la entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que cubra dichas contingencias del coste de los traslados necesarios para recibir atención sanitaria en medios ordinarios de transporte, incluido el taxi cuando su utilización sea prescrita por el correspondiente facultativo por ser exigida por razones médicas o autorizada por la correspondiente entidad gestora o colaboradora cuando venga motivada por la inexistencia de otro medio de transporte, en los términos y condiciones y con el alcance que se establezcan en las instrucciones que a dicho fin sean dictadas.

Lo establecido en el párrafo anterior no afectará a aquellas situaciones en que los beneficiarios deban ser trasladados en un medio de transporte sanitario, de acuerdo con la legislación aplicable.».

Ya en su exposición de motivos anticipa su criterio acerca del particular en ella regulado: «...Mediante esta Orden se pretende poner fin a esa falta de previsión

normativa, considerando que los gastos de desplazamiento en que incurran los beneficiarios de la asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales les serán resarcidos por la entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que en cada caso cubra dichos riesgos, como parte integrante de la prestación de asistencia sanitaria, y todo ello en desarrollo de lo establecido en el citado artículo del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre.».

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008,

2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011.

Entre ambas resoluciones no cabe establecer la preceptiva contradicción habida cuenta de que en la fecha en que ocurrieron los hechos que originan la contingencia causa de la prestación - en la sentencia de contraste- 20 de enero de 2003 , la citada Orden no había entrado en vigor por lo que la sentencia referencial no pudo tenerla en consideración como tampoco la anterior jurisprudencia en la que se funda la sentencia de comparación por lo que, visto el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del motivo en el extremo concerniente a los gastos de locomoción al incurrir en causa de inadmisibilidad.

SEGUNDO.- Respecto al resto de la motivación atinente al bono de honorarios médicos cuando la asistencia no ha sido prestada por el cuadro médico de la Sanidad Pública, concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.R.J.S. La recurrente alega la infracción de los artículos 10.4 y 11 del Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre en relación con el artículo 126 de la L.G.S.S., L. 16/2003 de 28 de mayo de la Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y del Decreto 42/1998 de 15 de enero que regula el transporte sanitario en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Es objeto de discrepancia con la sentencia recurrida la atribución al INSS y la TGSS de la responsabilidad subsidiaria para el caso de responsabilidad empresarial en el pago de los gastos satisfechos por la Mutua demandante y derivados de asistencia sanitaria por accidente de trabajo que consistieron en transporte mediante taxi y factura expedida por un facultativo, habiéndose dilucidado una parte del motivo, la referida a los gastos de locomoción.

La sentencia había extendido el derecho de repetición de la Mutua accionante a los honorarios médicos, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1996 (R. 405/1996) y declara la responsabilidad de la entidad Gestora en el pago de los honorarios rechazados por el INSS, con independencia de que hayan sido prestados por

servicios propios de la Mutua o por servicios ajenos y externos con los que la Mutua de Accidentes tenga concertada dicha asistencia.

Los recurrentes acuden a los razonamientos de la sentencia referencial para argumentar su oposición al pago de honorarios médicos, siendo sus términos los siguientes: «Por lo que se refiere al segundo de los conceptos discutidos, se trata de la factura del Doctor Carlos Daniel, especialista en traumatología que atendió al actor y facturó dicha asistencia por importe de 510,86 euros. La razón en este caso esgrimida, por los recurrentes para excluir el referido gasto de la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS es que no vienen incluidos en el concepto de asistencia sanitaria prevista en el Decreto 2766/1967 ni en el R.D. 63/1995.

Como hemos visto, en el primero se establece la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo como un concepto lo más amplio y completo posible y el segundo contempla; dentro del sistema de prestaciones incluidas en la asistencia sanitaria, la atención especializada que incluye la asistencia ambulatoria especializada en consultas, o lo que es lo mismo la atención por especialistas, pero se entiende especialistas del sistema público de salud, en este caso del Sergas. En este caso, la asistencia médica especializada fue recibida por el trabajador accidentado a cargo de la Mutua pero por (sic) no por un especialista del Sergas de modo que tampoco la misma debe entenderse incluida dentro de la asistencia sanitaria obligatoria que se contempla en la norma y de la misma manera, dentro de la responsabilidad empresarial y, cuando se den los supuestos, en la responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS. En definitiva, procede la estimación del recurso.».

De las dos normas citadas, el Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre y el artículo 10-4 ° establece que la asistencia sanitaria será prestada por la Mutualidad Laboral o en su caso, Mutua Patronal, a quienes el empresario vendrá obligado a reintegrar el importe de los honorarios del personal sanitaria que por tarifa corresponda, sin perjuicio del abono de las cuotas no satisfechas y de las sanciones a que hubiere lugar.

El precepto se limita a designar el sujeto al que se impone la carga prestacional y ulteriores consecuencias en el caso de irregularidad en el cumplimiento de las obligaciones frente a la Seguridad social por quien es sujeto titular de las mismas.

En cuanto al R.D. 63/1995 de 20 de enero las disposiciones de interés para la presente reclamación son las siguientes: «Artículo 2.- Dichas prestaciones serán realizadas, conforme a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud, por los profesionales y servicios sanitarios de atención primaria y por los de las especialidades a que se refieren los apartados 1 y 2 del anexo del Real Decreto 1 27/1 984, de 1.1 de enero, de especialidades médicas; el Real Decreto 992/1987, de 3 de julio, sobre especialidades de enfermería; Grupo primero del artículo 3 del Real Decreto 2708/1982, de 15 de octubre, sobre especializaciones de la profesión farmacéutica, 0 las normas que los modifiquen o sustituyan, y por los demás profesionales, especialistas y servicios sanitarios legalmente reconocidos. 3. En todo caso, no se consideran incluidas en las prestaciones sanitarias aquellas atenciones, actividades o servicios en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o que hayan quedado manifiestamente superadas por otras disponibles. b) Que no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento. c) Que se trate de meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte, mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales, u otras similares, sin perjuicio de su posible atención por los servicios sociales o de otra naturaleza.

Artículo 5.- 1. La utilización de las prestaciones se realizara con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso 0 desviación. 2. Las prestaciones recogidas en el anexo I solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios, propios 0 concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo 10 establecido en 105

convenios internacionales. 3. En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsaran los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.».

Ambos preceptos ponen de relieve que la manera regular de atender la necesidad sanitaria es a través de los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud con las excepciones que contempla.

No cabe prescindir de que no nos hallamos ante una reclamación incoada por el beneficiario sino por la Mutua aseguradora que es quien ha dirigido la atención recibida por el trabajador decidiendo en cada momento lo apropiado al caso al objeto de atender con sus medios o concertados. En ningún momento se objeta que los honorarios excedan de la tarifa que corresponda (artículo 10-4 del D. 2766/1967 de 16 de noviembre) ni que se hallen ausentes las condiciones exigidas por el artículo 5 del Real Decreto 63/1995 de 20 de enero , por lo que en cuanto a este extremo no se encuentra en la motivación del recurso causa suficiente para contradecir lo resuelto por la Sala de suplicación, cuya resolución procede confirmar, con desestimación del Recurso.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación nº 4588/2013 , interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, en autos número 924/2010, seguidos a instancias de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa Doble Jota Andaluza, S.L. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 11 de septiembre de 2012, el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimando la demanda interpuesta por DÑA. Débora contra la MUTUA IBERMUTUAMUR debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir prestación de IT desde 04/06/2009 hasta la fecha del alta, sobre una Base Reguladora de 28.90 euros/día , revocando la comunicación realizada por la Mutua de fecha 10/11/2010. Absolviendo a los demandas codemandados de cuantas pretensiones contra ellos se dirijan a través del presente litigio».

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- La demandante Doña. Débora inicia un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes en fecha 04/06/2009 (Hecho incontrovertido).

SEGUNDO.- La demandante, trabajadora autónoma, tiene cubierto el riesgo de accidente de trabajo y la incapacidad temporal derivada de enfermedad común a la Mutua ibermutuamur (Hecho incontrovertido).

TERCERO.- El 14/10/2010 se emite por la Mutua codemandada un acto de comunicación escrito adjunto al folio 32 que aquí se reproduce por el que se cita a la demandante para reconocimiento médico. Dicha comunicación no fue entregada y se dejó aviso con fecha 15/10/2010, -folio 53 de las actuaciones- siendo debidamente entregada con fecha 28/10/2010, -folio 54 de las actuaciones-. La actora remite 28/10/2010 comunicación a la Mutua con fecha 28/10/2010 aportada al folio 55 de las actuaciones que aquí se reproduce.

CUARTO.- Con fecha 10/11/2010 se emite por la Mutua acto de comunicación por el que ante la falta de asistencia a reconocimiento médico el día 21/10/2010 se acuerda la extinción del subsidio de IT, -folio 56 de las actuaciones-.

QUINTO.- La base reguladora del subsidio de incapacidad temporal asciende a 28.90 euros/día (Hecho incontrovertido).

SEXTO.- Se ha agotado la vía previa administrativa.

SÉPTIMO.- La demanda origen de las presentes actuaciones aparece interpuesta en fecha 03/03/2011».

El Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid, dictó Auto de fecha 27 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "DISPONGO: Examinada de hecho la sentencia se aprecia la necesidad de aclararla en el sentido que a continuación se dice: "HECHO PROBADO PRIMERO.- La demandante DÑA. Débora inicia un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes en fecha 22/07/2009".

"FALLO: Estimando la demanda interpuesta por DÑA. Débora contra la MUTUA IBERMUTUAMUR debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir prestación de IT desde 22/07/2009 hasta la fecha del alta, sobre una Base Reguladora de 28.90 euros/día , revocando la comunicación realizada por la Mutua de fecha 10/11/2010. Absolviendo a los demandas codemandados de cuantas pretensiones contra ellos se dirijan a través del presente litigio».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2013 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Estimando el recurso de suplicación formulado por IBERMUTUAMUR MATEP DE LA SS Nº 274 contra la sentencia nº 356/11 de fecha 11 de septiembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid en autos 284/11, debemos revocar y revocamos la citada resolución y desestimando la demanda, absolvemos a la parte demandada de los pedimentos en su contra formulados».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Doña. Debora , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 31 de mayo de 2011 , así como la infracción de lo dispuesto en el art. 131.bis de la Ley General de la Seguridad Social .

CUARTO.- Por escrito presentado ante esta Sala el 13 de noviembre de 2014 el letrado D. Juan Felipe Vicario Peñas actuando en nombre y representación de Doña Débora promovió un incidente de nulidad de actuaciones contra el auto de 7 de octubre de 2014 que inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por dicha parte.

QUINTO .- Con fecha 5 de mayo de 2015, se dictó Auto por esta Excma. Sala de lo Social del Tribunal Supremo cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « LA SALA ACUERDA : Estimar el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el letrado D. Juan Felipe Vicario Peñas en nombre y representación de Doña Débora y

decretar la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 25 de junio de 2014 abriendo el trámite de inadmisión del presente recurso, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior. Se admite a trámite el recurso y dese traslado del escrito de interposición a las partes personadas para que formalicen su impugnación dentro del plazo común de quince días, con las demás prevenciones del art. 226.2 LRJS».

SEXTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 28 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. - El recurso interpuesto ante esta la Sala incide sobre un caso que versa sobre la pérdida de la prestación por incapacidad temporal (IT), por no acudir la trabajadora a la cita de revisión médica con la Mutua. Según el relato de la sentencia de instancia, se remitió a la actora un burofax que no se le pudo entregar el 15/10/10, por lo que se le dejó aviso. Posteriormente, el 28/10/10, dicha entrega tuvo lugar. La sentencia de instancia estima la demanda razonando que en el caso enjuiciado "en virtud de la prueba practicada y en contra de lo mantenido por la codemandada, la falta de comparecencia de la actora a la cita médica resulta justificada, pues la demandante no tuvo conocimiento de la cita sino el día 28/10/2010 en que acudió a recoger el aviso dejado por correos solicitando ese día nueva cita, solicitud que no fue atendida por la Mutua; dadas dichas circunstancias, la notificación efectuada del primer burofax, no puede entenderse realizada en legal forma, pues se desconoce, dadas las manifestaciones de la actora, en qué momento tuvo conocimiento del aviso dejado por correos y dónde fue depositado el mismo, no existe acreditación de ello por parte de correos."

La sentencia de suplicación revoca dicho pronunciamiento y para ello parte - dice- del dato incuestionado de que la actora no compareció a la cita médica establecida

por la Mutua, discrepando de la sentencia de instancia porque considera que la falta de asistencia no está justificada, "toda vez que consta que Correos dejó aviso el 15 de octubre (de 2010) de la existencia de un burofax remitido por la Mutua, de tal manera que si la misma no lo recogió sólo cabe entender que fue por su negligencia o desinterés al no constar circunstancias impeditivas".

Recorre en casación unificadora la actora citando de contraste la STSJCV de 31 de mayo de 2011. Impugnan, por separado, Mutua y Administración de la Seguridad Social demandados. El Mº Fiscal considera improcedente el recurso.

SEGUNDO .- El requisito de la contradicción legalmente establecido no puede considerarse cumplido en este caso porque los hechos relatados en cada sentencia comparada no son coincidentes en lo sustancial ni tampoco lo debatido, habida cuenta de que mientras en la recurrida se trata de una notificación a la trabajadora de la cita para revisión médica cursada por la Mutua que la emplazaba a tal efecto para el día 21 de octubre de 2010 mediante un burofax que se le intentó entregar el 15 de ese mes sin que se pudiera hacerlo personalmente por lo que el servicio de correos le dejó en esa fecha aviso en buzón, que la actora recogió el 28, en el caso de la sentencia de contraste se intentó la notificación previa correspondiente por medio de burofax de 7 de julio de 2009, que no pudo ser entregado, dejando el Servicio de Correos el aviso pertinente, tras lo que se acordó la extinción de la prestación económica el 27 de julio, a pesar de lo cual se remitió un segundo burofax el 10 de agosto, que tampoco fue entregado, constando "sin entregar, no reclamado, caducado en lista".

Así pues, en el primer caso (sentencia recurrida) la notificación tiene lugar, aunque sea tardíamente, tras un intento en el domicilio de la trabajadora y un aviso para retirar la comunicación en las oficinas de correos, sin necesidad ulterior de reiterar esa tentativa puesto que la demandante se da por avisada y acude extemporáneamente al servicio de correos a retirar la comunicación de cita médica de la Mutua, mientras que en el segundo caso (sentencia referencial) se intenta una sola vez antes de resolver la extinción prestacional, sin que la notificación llegase a producirse en ningún momento. Tales circunstancias motivan un debate diferente, puesto que en el caso de la sentencia recurrida se discute sobre el hecho mismo del intento de notificación (que, según la

trabajadora y para justificar la demora en la recepción, se habría efectuado, según dice ahora, en un buzón de un vecino y no en el suyo, lo que determinó que finalmente la obtuviese pero fuera de plazo), acerca de lo cual argumenta la sentencia de suplicación que no constan circunstancias impeditivas para la recepción de la comunicación, "de tal manera que si la misma no lo recogió (el burofax) sólo cabe entender que fue por negligencia o desinterés". Diversamente, en el caso de la sentencia de contradicción se trata de la falta de notificación en el domicilio cuyo intento sólo tiene lugar por una sola vez antes de resolverse que procede extinguir la prestación, determinando el fallo favorable a la trabajadora el hecho de que fuese un único burofax no recibido (el cursado ulteriormente es posterior a la extinción prestacional) y que sólo mediasen seis días entre el intento de entrega y la fecha fijada para el reconocimiento médico, sin discutirse, al parecer, la causa de la falta de recepción.

Así pues y resumidamente, recepción tardía en un caso y ausencia de la misma en el otro, sosteniéndose en el primero que no se aprecia la causa o circunstancia que justifique dicha demora mientras que en el segundo no se aborda la causa de la falta de recepción sino tan solo que se produjo un único intento al respecto y que la fecha de revisión era demasiado próxima a la del burofax remitido al efecto. Tales diferencias justifican, siquiera sea teóricamente, pronunciamientos igualmente distintos.

En esas condiciones y circunstancias y visto el informe del Mº Fiscal -que propone la desestimación del recurso en cuanto al fondo- ha de concluirse en esta fase procesal y como se anticipaba, desestimando también el recurso interpuesto, si bien por la referida ausencia del requisito mencionado.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Débora, contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación

número 1477/2013, formulado frente a la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012, dictada en autos 284/2011 por el Juzgado de lo Social número 16 de Madrid, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES "IBERMUTUAMUR", sobre PRESTACIONES SEGURIDAD SOCIAL. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE JUNIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federació de Serveis Públics de U.G.T. de Catalunya (FSP- UGT) se planteó demanda de Conflicto Colectivo, de la que conoció de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia en solicitud de: «Que, con estimación de la demanda, declare que la empresa, a la hora de computar los 90 días por año natural durante los cuales debe abonar el complemento establecido en los artículos 55 y 57 del convenio Colectivo aplicable, debe discriminar el origen de los procesos de I.T., diferenciando a efectos del cómputo acabado de mencionar, los procesos derivados de enfermedad común, por un lado, y los procesos derivados de accidente laboral, accidente no laboral y enfermedad profesional, por otro, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según

consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO. - Con fecha 1 de julio de 2015 la Sala de lo Social de Cataluña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « Que desestimando las excepciones procesales opuestas de falta de acción y de carencia sobrevenida de objeto, y estimando la demanda interpuesta por FEDERACIO DE SERVEIS PÚBLICS DE U.G.T. DE CATALUNYA (FSP-UGT) contra BADALONA SERVEIS ASSISTENCIALS, S.A. debemos de declarar y declaramos que el complemento de incapacidad temporal ha de abonarse hasta el límite de 90 días separadamente para cada contingencia, común o profesional, y no conjuntamente, y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por la presente declaración. ».

CUARTO. - En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «Primero.- La empresa demandada se dedica a la prestación de servicios sanitarios en régimen de concierto con el ICS y el conflicto afecta a todos sus centros de trabajo, que radican en Badalona, Montgat y Tiana. Segundo.- demanda la Federació de Serveis Publics de U.G.T. de Catalunya (FSP-UGT) el 19/3/2015 en materia de Conflicto Colectivo contra Badalona Serveis Assistencials SA en solicitud de que [se declare que la empresa, a la hora de computar los 90 días por año natural durante los cuales debe abonar el complemento de incapacidad temporal establecido en los arts. 55 y 57 del 7º Convenio Colectivo de la XHUP aplicable, debe discriminar el origen de los procesos de I.T. diferenciando a efectos del cómputo acabado de mencionar, los procesos derivados de enfermedad común, por un lado, y los procesos derivados de accidente laboral y enfermedad profesional, por otro, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración]. Tercero.- La empresa acepta que computa conjuntamente tales procesos de incapacidad temporal, de modo que ya no complementa el subsidio hasta el 100% del salario cuando por cualquier contingencia, sea enfermedad o accidente, se alcanza el total de 90 días. Cuarto.- EL art. 55 del 7º Convenio Colectivo de la XHUP, con vigencia hasta el 31/12/2008, dispone: "Enfermedad común. En los casos de I.T. derivada de enfermedad común las empresas garantizarán a sus trabajadores el complemento necesario para que, sumado a la prestación reglamentaria de la Seguridad Social, perciban la totalidad de su retribución en jornada ordinaria. La empresa

solamente estará obligada a abonar este complemento hasta un máximo de 90 días por año natural, sea en un solo proceso de incapacidad temporal o en diversos procesos. ". Quinto. - El art. 57 del mismo Convenio dispone: Accidente. 57.1. En los procesos de I.T. derivados de accidente sea laboral o no y enfermedad profesional, las empresas garantizarán a sus trabajadores el complemento necesario para que perciban, sumada a la prestación, la totalidad de su retribución en jornada ordinaria. 57.2. La empresa solamente estará obligada a retribuir este complemento hasta un máximo de 90 días por año natural, sea en un solo proceso de incapacidad temporal o en diversos procesos". Sexto.- El 7º Convenio Colectivo de la XHUP finalizó su vigencia pactada el 31/12/1988 al ser denunciado. Siguió aplicándose en régimen de ultraactividad hasta que el RDL 12/2/2012 limitó a un plazo de 2 años la misma. Séptimo.- El 27/9/2013 y 28/10/2018 se realizaron pactos de empresa con vigencia hasta el 21/12/2014 en que, entre diversas cuestiones, se acordaba expresamente que todas las materias que no estuvieran reguladas en el pacto continuarían siéndolo de la misma manera en que se regulaban en el 7º Convenio Colectivo. El tema de los complementos de IT no se regulaban en los pactos (folios 123 ss y 137 ss de los autos). Octavo.- Con efectos de 1/1/2015 la empresa acordó una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo en que se acordaba el [mantenimiento del resto de condiciones que se regulaban en el VII Convenio Colectivo de la XHUP a excepción de las que son objeto de propuesta de acuerdo en la Memoria de fecha 12 de diciembre]. No se modificaba el tema discutido en el presente caso de complementos del subsidio de IT (folios 79 y ss). Noveno.- Con efectos de 1 de mayo del 2015 se pactó el primer Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de agudos, centros de Atención primaria, Centros socio sanitarios y Centros de Salud Mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud, que sustituía al 7º Convenio Colectivo de la XHUP. Décimo.- En su art. 53 se regula de modo completamente diferente el complemento del subsidio de IT al establecer que el régimen aplicable sería el establecido en la disposición adicional 6ª de la ley 5/2012 de 20 de marzo , de medidas fiscales, financieras y administrativas, en la redacción dada por el Decreto Ley 2/2013 de 19 de marzo. Así se dispone expresamente que en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se abonará el 50% de las retribuciones fijas del mes anterior durante los tres primeros días; el 75% desde el 4º al 20º; y en adelante la totalidad de las retribuciones referidas. En los casos

de contingencias profesionales, así como en los de mujeres embarazadas, víctimas de violencia de género y los supuestos que comporten hospitalización o intervención quirúrgica, la prestación será del 100% durante todo el período de la incapacidad. Onceavo.- Diversos trabajadores han sufrido períodos de incapacidad temporal durante el año anterior al de la demanda origen de los presentes autos, en base a enfermedad común y accidente (folio 88 y ss). Doceavo.- Se intentó la conciliación sin efecto.».

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación del Letrado D. Miguel Ángel Andreu Moreno, actuando en nombre y representación de Badalona Serveis Assitencials S.A., basándose en el siguiente motivo: Único.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207 apartado e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al objeto de examinar las infracciones de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, por aplicación indebida del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , artículos 55 y 57 del VII Convenio Colectivo de la XHUP , así como la doctrina jurisprudencial dictada al efecto (sentencia Sala Social del Tribunal supremo de 7 de abril de 2000 , 25 de enero de 2005, y 3 de marzo de 2009).

SEXTO.- Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de junio de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- por el Sindicato Federació de Serveis Públics de U.G.T. de Catalunya (FSP-UGT) se promovió demanda de conflicto colectivo en cuyo Suplico el accionante reclamaba: «Que, con estimación de la demanda, declare que la empresa, a la hora de computar los 90 días por año natural durante los cuales debe abonar el complemento establecido en los artículos 55 y 57 del convenio Colectivo aplicable, debe discriminar el origen de los procesos de I.T., diferenciando a efectos del cómputo acabado de mencionar, los procesos derivados de enfermedad común, por un lado, y los

procesos derivados de accidente laboral, accidente no laboral y enfermedad profesional, por otro, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.».

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestimando las excepciones de falta de acción y de carencia sobrevenida de objeto estima la demanda y declara que el complemento de incapacidad ha de abonarse hasta el límite de 90 días separadamente para cada contingencia común o profesional y no conjuntamente.

Recorre la demandada en casación mediante un único motivo al amparo del artículo 207 e) de la L.R.J.S.

SEGUNDO.- La cuestión a dilucidar es la forma de cómputo, separado o conjunto, de los períodos de incapacidad a los que estén sujetos los trabajadores de Badalona Serveis Assistencials S.A., y ello a los efectos del abono de un complemento de Incapacidad Temporal que cuenta con un límite de noventa días anuales, tanto si corresponden a un solo período como si resulta de la suma de varios.

La posición adoptada por el sindicato actor es la de computar por separado los períodos de incapacidad temporal en función de la contingencia lo que vendría a tener la consecuencia de abrir más de un cómputo y más de un período de noventa días como límite cuando los períodos de incapacidad respondan a etiología o accidente profesional o bien a la de naturaleza común.

La sentencia recurrida llegó a la conclusión estimatoria de la pretensión, una vez rechazada la excepción de falta de acción, partiendo de que consta la existencia de afectación a diversos trabajadores de períodos de incapacidad temporal con origen común de accidente laboral y que además han superado el límite de los noventa días lo que elimina la idea de ausencia de conflicto actual por escaso que sea el número de los afectados. También se negó la presencia de carencia sobrevenida pues aun cuando la vigencia de un nuevo convenio Colectivo cuya fecha de efectos es el de 1 de mayo de 2015 que da distinta regulación a la cuestión debatida «no puede sostenerse que en el período anterior a esta vigencia y durante el período de prescripción de las eventuales demandas no pueden existir conflictos sobre el sentido de los textos el VII convenio Colectivo de la XHUP discutidos.».

Ante todo hemos de reiterar anterior doctrina de la Sala a propósito de la interpretación de clausulados de diversa naturaleza, contratos individuales, pactos colectivos y convenios colectivos. Así, en las SSTS de 12 de julio de 2004 (R. 166/2004) y de 14 de mayo de 2004 (R. 16/2003), se razonaba con referencia a la interpretación en materia de convenios, diciendo que «.....a este respecto hemos declarado en sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 20 de marzo de 1997 , 3 y 21 de julio de 2000 y 27 de abril de 2001 , que "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de algunas de las normas que regulan la exégesis contractual.... en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes"».

El ámbito jurídico sobre el que se proyecta el conflicto es el de la aplicación e interpretación de los artículos 55 y 57 del VII Convenio Colectivo de la XHUP con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008, denunciado en esa fecha si bien continuó en ultraactividad hasta que el R.D.L. 12-12-2012 limitó ésta a un plazo de dos años.

En las fechas 27 de septiembre de 2013 y 28 de octubre de 2018 se alcanzó pactos de empresa vigentes hasta el 21 de diciembre de 2014 en los que la materia controvertida no se vio afectada, acordándose que las materias no reguladas en los pactos continuarían en la misma forma que la regulada en el VII Convenio Colectivo. Tampoco hubo afectación de las materias de referencia en la modificación de condiciones de carácter colectivo que se realizó el 1 de enero de 2015.

El 1 de mayo de 2015 se pactó el I Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de agudos, centros de Atención primaria, Centros Socio sanitarios y Centros de Salud Mental concertados con el Servicio Catalán de la Salud, alterándose la regulación del complemento según el convenio anterior en la forma que veremos a

continuación, al reproducir el texto de preceptos según la redacción del VII Convenio Colectivo de la XHUP y el de la nueva regulación con arreglo al Convenio que le sustituye.

Artículo 55 del VII Convenio Colectivo: «Enfermedad común. En los casos de I.T. derivada de enfermedad común las empresas garantizarán a sus trabajadores el complemento necesario para que, sumado a la prestación reglamentaria de la Seguridad Social, perciban la totalidad de su retribución en jornada ordinaria. La empresa solamente estará obligada a abonar este complemento hasta un máximo de 90 días por año natural, sea en un solo proceso de incapacidad temporal o en diversos procesos.».

Artículo 57 del VII Convenio Colectivo: «Accidente. 57.1. En los procesos de I.T. derivados de accidente sea laboral o no y enfermedad profesional, las empresas garantizarán a sus trabajadores el complemento necesario para que perciban, sumada a la prestación, la totalidad de su retribución en jornada ordinaria. 57.2.

La empresa solamente estará obligada a retribuir este complemento hasta un máximo de 90 días por año natural, sea en un solo proceso de incapacidad temporal o en diversos procesos.».

Artículo 53 del Primer Convenio Colectivo de Trabajo de los Hospitales de agudos, centros de Atención primaria, Centros Socio sanitarios y Centros de Salud Mental concertados con el Servicio Catalán de la Salud: « Así se dispone expresamente que en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se abonará el 50% de las retribuciones fijas del mes anterior durante los tres primeros días; el 75% desde el 4º al 20º; y en adelante la totalidad de las retribuciones referidas. En los casos de contingencias profesionales, así como en los de mujeres embarazadas, víctimas de violencia de género y los' supuestos que comporten hospitalización o intervención quirúrgica, la prestación será del 100% durante todo el período de la incapacidad.».

TERCERO.- El recurso de la demandada, amparado por el artículo 207-e) de la L.R.J.S. incluye la denuncia de infracción de los artículos 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.), artículos 55 y 57 del VII Convenio colectivo de la XHUP

y de doctrina jurisprudencial, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000 , 25 de enero de 2005 y 3 de marzo de 2009 .

En primer lugar la recurrente insiste en mantener la excepción de falta de acción por inexistencia de controversia real y actual del conflicto colectivo interpuesto y por carencia sobrevenida del objeto del pleito.

Para la recurrente el pleito carece de objeto desde que se modificó el régimen de mejora a partir del 1 de mayo de 2015, fecha de entrada en vigor del I Convenio Colectivo SISCAT (Hospitales de agudos, centros de Atención Primaria, Centros Socio sanitarios y Centros de Salud Mental concertados con el Servicio Catalán de la Salud).

Añade la recurrente que dicha mejora ha pasado de completar los primeros noventa días de Incapacidad Temporal, por cualquier contingencia, a completar hasta el vigésimo día un porcentaje de terminado de las retribuciones fijas y periódicas del mes anterior y a partir del vigésimo primero a complementar el 100% concluye señalando la ausencia de reclamaciones individuales, hasta la fecha de la vista, o plurales, con base en aplicación de los preceptos antes citados, artículos 55 y 57 del VII convenio Colectivo de la XHUP .

Lo cierto es que la sentencia se ha ceñido al ámbito de la demanda, interpretación de los artículos 55 y 57 del VII Convenio Colectivo de la XHUP y ésta a su vez contemplaba también un espacio jurídico y temporal limitado, es decir cualquier controversia que pueda dimanar de unos preceptos que, a fecha de hoy han sido sustituidos por otros pero que en tanto se mantuvieron vigentes dan lugar a distinta interpretación como lo demuestra el que la demandada sostenga un significado opuesto al que propone el accionante y acoge la sentencia. Otra cosa es que una vez agotada la vigencia, ultraactividad y pactos subsiguientes al VII Convenio Colectivo de la XHUP no quepa ni siquiera plantear aquella controversia al desaparecer la fórmula de la mejora pero ello no significa excluir la realidad a la que alude la sentencia, supuestos, escasos, de trabajadores que en un año se ven afectados por I.T. originada en contingencias de diversa naturaleza. Como destacábamos antes, al decir de la sentencia, «consta que existen trabajadores que han superado tales límites, prescindiendo de su identificación y

número, aunque sea escaso, no puede sostenerse que no exista conflicto sobre cual deba ser la interpretación de los artículos discutidos.».

En modo alguno ha discutido esa constatación la recurrente, ni siquiera intentado, de forma que existiendo situaciones en el colectivo afectado sobre la puede operar una u otra interpretación no cabe negar la actualidad del conflicto cuya demanda ha promovido el Sindicato Federació de Serveis Públics de U.G.T. de Catalunya (FSP-UGT) y en consecuencia el motivo deberá ser desestimado en cuanto a dicho extremo de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Si bien dentro del mismo motivo pero con carácter subsidiario para el caso de ser rechazada la falta de acción y carencia sobrevenida de objeto el recurso plantea un submotivo en relación a los artículos 55 y 57 del VII Convenio Colectivo de la X.H.U.P. y a su interpretación que, como ya se ha visto difiere de la que postula el actor y que la sentencia considera adecuado a derecho.

Mantiene la recurrente el criterio de que de la lectura de ambos preceptos tan solo cabe acceder a una conclusión, que la norma no diferenciaba, a la hora de realizar el cómputo de noventa días, cual fuera la etiología sin dar lugar a cómputos separados en función de la contingencia.

No es esa sin embargo la interpretación que se obtiene del modo más sencillo posible y partiendo del tenor literal de las cláusulas del fenecido VII Convenio.

Recordando el texto de los artículos 55 y 57 reproducidos en el segundo de los fundamentos de Derecho de esta resolución, se advierte que de modo separado, en cada precepto se regula la mejora, y si bien el régimen es idéntico la estructura separada de esa regulación indica que en el artículo 55 se contemplaba solo y únicamente la mejora derivada de enfermedad común y en el artículo 57 se hace lo propio con los procesos derivados de accidente sea laboral o no y enfermedad profesional.

El artículo 1285 del Código Civil que proporciona como regla hermenéutica la interpretación de las cláusulas «unas por las otras», atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, instrumento eficaz en este caso en el que es precisamente la separación en normas distintas de una materia idéntica lo que permite

aclarar cualquier posible duda acerca de si es un solo sistema de cómputo o si son dos por mucho que ambas redacciones sean coincidentes en su contenido ya que difieren en lo esencial, a que contingencia se refiere cada apartado.

Lo anterior conduce a la desestimación de la totalidad del motivo, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de las costas, a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Miguel Angel Andreu Moreno, actuando en nombre y representación de Badalona Serveis Assistencials S.A., frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, autos nº 14/2015 , dictada en virtud de demanda formulada por la Federació de Serveis Públics de U.G.T. de Catalunya (FSP-UGT) frente a Badalona Serveis Assistencials, S.A., sobre Conflicto Colectivo. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de marzo de 2013, el Juzgado de lo Social nº 3 de Córdoba, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Estimando la demanda formulada por Doña Catalina contra el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, debiendo declarar y declarando que la no incorporación de la trabajadora el 26/8/12 tras

su proceso de IT por riesgo durante el embarazo y posterior licencia por maternidad tiene la consideración de un despido nulo a tenor de lo establecido en el art. 53.4 del ET, y no siendo posible la readmisión por haber finalizado la actividad fija discontinua, condeno al abono de los salarios dejados de abonar entre el 26/8/12 al 31/1/13 sobre un valor diario de un valor diario de 73,59 € y en los términos del FD 4º de esta Sentencia».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: « PRIMERO.- Catalina era trabajadora de la extinta Fundación Andaluza Fondo de Formación y empleo (FAFEE), prestando servicios como trabajadora fija discontinua con la categoría profesional de tutora en el Programa Cualifica. En virtud de la Ley 1/2011 de 17/2/11 de Reordenación del Sector Público Andaluz, el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) se subrogó en la posición de empresario.

A tenor de lo anterior, la relación laboral de la trabajadora para la FAFEE y posteriormente el SAE ha estado vigente en los siguientes períodos: XXX

La categoría profesional de la trabajadora en el SAE ha sido técnico, nivel E, con salario regulador de 2.238,40 €, percibiendo sus retribuciones a meses vencidos y sin ostentar o haber ostentado en el último año cargo de representación legal o sindical de los trabajadores. SEGUNDO.- El día 3/4/12 la trabajadora recibió comunicación del SAE en la que se hacía constar (doc. 2 adjunto a la demanda): "Por la presente le informamos que, atendiendo a la realización de su trabajo como tutora del programa de formación para el empleo denominado Cualifica, hemos establecido una orden de llamamiento basada en la evaluación del desempeño obtenido y la antigüedad con la que viene desarrollando esta actividad tal y como especifica el convenio colectivo 2007-2009 en el artículo 14.

Por todo lo expuesto, le comunicamos que el próximo día 3 de abril de 2012 se iniciará en Córdoba el programa Cualifica en el que deberás incorporarte como tutora.

Para ello deberá presentarse en el Servicio Andaluz de Empleo en Córdoba sita en Avda. Al-Nassir, 5-7 el día 3 de abril de 2012 a las 9:30 hs.

La ausencia sin causa justificada y la no presentación de esta carta firmada en las fechas que le indicamos, serán interpretadas como rechazo del contrato referido y procederemos a dar por finalizada su relación contractual con el Servicio Andaluz de Empleo."

Esta comunicación fue reiterada el 9/4/12 (doc. 6 adjunto a la demanda).
TERCERO.- A tal comunicación contestó la trabajadora con escrito presentado ante el SAE el 3/4/12 en el que indicaba (doc. 3 adjunto a la demanda): "Que soy trabajadora de la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo desde mayo de 2011, estando anteriormente trabajando para la extinta Fundación Pública Andaluza Fono de Formación y Empleo. Que mantengo con la actual Agencia un contrato indefinido bajo la modalidad de fijo-discontinuo.

Que tras el llamamiento, hoy martes, día 3 de abril, vía telefónica, para mi incorporación al puesto de trabajo sujeto al programa Cualifica, alego:

- mi interés por incorporarme al puesto de trabajo.
- mi incapacidad para presentarme al llamamiento y firma de CT por encontrarme en situación de baja por amenaza de parto prematuro (presento vía e-mail a la persona responsable de RRHH en Córdoba los partes de baja que justifican mi situación para su reenvío a Sevilla). Actualmente me encuentro en suspensión del CT por IT que había iniciado con el Ayuntamiento de Córdoba tras recibir autorización por parte del SAE (adjunto) para poder trabajar en otra empresa en el período de discontinuidad, debido al desconocimiento de la fecha de inicio del Programa (seis meses ya de diferencia con la fecha aproximada de llamamiento anual).

Por todo lo expuesto,

SOLICITO

La suspensión de mi plazo de incorporación hasta recibir el alta médica."

CUARTO.- En el momento del llamamiento la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal por amenaza de parto prematuro desde el 14/3/12, que continuó con período de maternidad entre el 25/4/12 al 25/8/12. QUINTO.- Consta de alta laboral para el Ayuntamiento de Córdoba entre el 13/2/12 a 30/11/12. Esta actividad estaba autorizada por el SAE (doc. 1 adjunto a la demanda). SEXTO.- En fecha 9/8/12 la hoy demandante presentó escrito ante el SAE en el que indicaba que el período de maternidad terminaba el 25/8/12 y solicitaba que se procediera a su llamamiento como tutora al programa CUALIFICA a partir del 26/8/12 (doc. 8 adjunto a la demanda). Tal petición no fue atendida por la demandada, contestando el SAE el 28/9/12 que el programa CUALIFICA fue atendido por personal del centro (doc. 10 adjunto a la demanda). SÉPTIMO.- El programa cualifica se inició en Córdoba el 15/4/12, terminado el 9/1/13 y finalizando la tutora sus funciones el 31/1/13 (doc. 1 ramo demandada). Las funciones que en años anteriores fueron realizadas por la trabajadora demandante han sido asumidas en el 2012 por la Sra. Nuria, trabajadora fija discontinua proveniente de la FAFPE al igual que la demandante (interrogatorio de la demandada). OCTAVO.- En la provincia de Cádiz la trabajadora fija discontinua Sra., Fidela estaba también en situación de baja médica cuando se produjo su llamamiento. Esta trabajadora cursó baja laboral para tercera empresa para la que estaba dada de alta el 11/4/12, siendo contratada por el SAE el 12/4/12 (fecha de su llamamiento), procediéndose a incorporar efectivamente a su puesto de trabajo tras finalización de su baja médica. NOVENO.- El art. 8.5 de la Ley 1/2011 de Reordenación del Sector Público Andaluz 1/2011 (BOE 3/3/11) establece: "El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción." En BOJA nº 83 de 29 de abril se publicó el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo. En su DA 2ª (régimen de Integración del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo y del personal de los Consorcios de UTEDLT tras la extinción de dichos consorcios) se estableció: "1. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1. b) de

la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero , el personal procedente de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo y de los Consorcios UTEDLT desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción, se integrarán en la Agencia con la condición de personal laboral de la misma. Dicha integración en la Agencia se hará en los términos establecidos para la sucesión de empresas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en las condiciones que establezca el protocolo de integración, previsto en el apartado 1.a) de la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero. 2. La Agencia se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal laboral y, en su caso, de los convenios colectivos vigentes, así como de los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos. Al citado personal le seguirá rigiendo el convenio colectivo que les corresponda, hasta tanto les sea de aplicación el convenio colectivo correspondiente." Esta Disposición fue declarada nula por vulneración de derechos fundamentales por I Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso Administrativo en Sentencia dictada en el Recurso 415/11 el 20/2/12. Esta Sentencia no es firme. DECIMO.- Se ha agotado la vía administrativa previa».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el letrado de la Junta de Andalucía en la representación que ostenta formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, dictó sentencia en fecha 17 de septiembre de 2014, recurso 2022/13 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Andaluz de Empleo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Córdoba de fecha 7 de marzo de 2013 en el procedimiento seguido a instancias de Doña Catalina frente a la recurrente y habiendo sido llamado a las actuaciones el Ministerio Fiscal. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y, apreciando la excepción de caducidad de la acción ejercitada, desestimamos la demanda iniciadora de las presentes actuaciones.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, la letrada D.^a María Fernández Peinado, en nombre

de D.^a Catalina , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012, recurso 4121/11 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida Servicio Andaluz de Empleo (Junta de Andalucía), se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 7 de junio de 2016, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-1.- El Juzgado de lo Social número 3 de los de Córdoba dictó sentencia el 7 de marzo de 2013 , autos número 1484/2012, estimando la demanda formulada por DOÑA Catalina contra el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, sobre DESPIDO, declarando que la no incorporación de la trabajadora el 26 de agosto de 2012, tras su proceso de IT, por riesgo durante el embarazo y posterior licencia por maternidad, tiene la consideración de un despido nulo, condenando a la demandada al abono de los salarios dejados de percibir entre el 26 de agosto de 2012 al 31 de enero de 2013, sobre un valor diario de 7359 €, en los términos del FD cuarto de la sentencia.

Tal y como resulta de dicha sentencia la actora ha venido prestando servicios para el FAFEE, como trabajadora fija discontinua, desde el 10 de julio de 2006, pasando posteriormente al Servicio Andaluz de Empleo. El 3 de abril de 2012 el SAE le comunicó que el día 3 de abril se iniciaba en Córdoba el programa Cualifica, al que deberá incorporarse como tutora el citado día, comunicación que le fue reiterada el 9 de abril de 2012. El 3 de abril de 2012 la trabajadora remitió escrito al SAE en el que hacía constar su interés por incorporarse al puesto de trabajo, así como su imposibilidad para incorporarse al mismo, ya que se encontraba de baja por amenaza de parto prematuro, teniendo el contrato suspendido por IT. Continuó en dicha situación y seguidamente

baja por maternidad, que finalizó el 25 de agosto de 2012. El 9 de agosto de 2012 dirigió comunicación al SAE haciendo constar que el periodo de maternidad finalizaba el 25 de agosto de 2012, por lo que solicitaba se procediera a su llamamiento como tutora al programa Cualifica a partir del 26 de agosto de 2012. El 28 de septiembre de 2012 el SAE le comunicó que el citado programa fue atendido por personal del centro. El programa Cualifica se inició en Córdoba el 15 de abril de 2012, habiendo finalizado el 9 de enero de 2013, finalizando la tutora sus funciones el 31 de enero de 2013, realizando las funciones que había venido desempeñando la actora, Doña. Nuria, trabajadora fija discontinua proveniente de la FAFEE. La actora consta de alta laboral para el Ayuntamiento de Córdoba entre el 13 de febrero de 2012 y el 30 de noviembre de 2012, actividad autorizada por el SAE para los periodos de discontinuidad. El 18 de septiembre de 2012 interpuso reclamación previa, que no fue respondida, interponiendo demanda el 13 de noviembre de 2012.

2.- Recurrida en suplicación por el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, dictó sentencia el 17 de septiembre de 2014, recurso número 2022/2013, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada y, apreciando la excepción de caducidad de la acción, desestimó la demanda formulada.

La sentencia entendió que la acción de despido estaba caducada ya que el cese se produjo el 26 de agosto de 2012, la reclamación previa se interpuso el 18 de septiembre de 2012 -transcurridos, por tanto 16 días desde la fecha inicial de cómputo- dicha reclamación suspendió el plazo de caducidad, cuyo cómputo se reanudó transcurrido un mes desde la interposición de aquella, lo que supone su desestimación por silencio administrativo, mes que finalizó el 18 de octubre de 2012, por lo que al interponer la demanda el 13 de noviembre de 2012 había transcurrido en exceso el plazo de caducidad legalmente establecido.

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada de DOÑA Catalina recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala el 24 de octubre de 2012, recurso número 4121/2011.

La parte recurrida, SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no existe contradicción, por lo que el mismo ha de ser declarado improcedente, y, si se entendiera que hay contradicción, asimismo ha de declararse la improcedencia del recurso.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 24 de octubre de 2012, recurso número 4121/2011 , estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Alejandro contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 26 de septiembre de 2011, recurso 343/2011 , recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Murcia, en fecha 4 de junio de 2010 , autos 411/2010, seguidos a instancia del referido trabajador contra la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Consejería de Agricultura y Agua) y, tras casar y anular la sentencia recurrida, resolviendo el debate planteado en suplicación, acordó la desestimación del recurso de suplicación y la firmeza de la sentencia de instancia.

Consta en dicha sentencia que el actor venía prestando servicios para la demandada, de forma ininterrumpida, desde el 8 de enero de 2007, al amparo de sucesivas contrataciones administrativas, concertadas bajo la modalidad de contratos menores, existiendo periodos de tiempo en los que no existía contrato de ninguna clase. El 15 de diciembre de 2009, el Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental convocó a una reunión al actor y a otros compañeros, que también tenían suscrito contrato de arrendamiento de servicios, comunicándoles el posible cese por falta de dotación presupuestaria. El 29 de diciembre de 2009 el actor presentó solicitud de comunicación escrita de cese dirigida al Director General de Planificación, Evaluación y Control Ambiental, solicitando confirmación del cese ya que, en otro caso, consideraba prolongada tácitamente su vinculación con la Consejería. El actor continuó

prestando servicios hasta el 7 de enero de 2010, fecha en la que el Director General hizo saber al actor y a los demás trabajadores contratados en régimen de asistencia técnica, que debían abandonar las dependencias donde trabajaban. El 1 de febrero de 2010 el actor interpuso reclamación previa.

La sentencia entendió que la notificación del despido verbal debe entenderse efectuada cuando la parte actora interpuso la reclamación previa, fecha en la que el interesado realizó actuaciones que suponen el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de la notificación y, aun entendiéndola desestimada por silencio administrativo el 2 de marzo de 2010, resulta que cuando se presentó la demanda el 29 de marzo de 2010, no habían transcurrido aún los veinte días hábiles de caducidad de la acción de despido.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores que han venido prestando servicios para la Administración Pública y que cesan en dicha prestación sin recibir comunicación escrita de la demandada en la que se contenga el texto íntegro de la resolución y se les indique si es o no definitiva en la vía administrativa y los recursos o reclamación previa que proceden contra la misma. Las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que el plazo de caducidad de la acción de despido ha de empezar a computar a partir de la fecha en la que la trabajadora solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo y no fue reincorporada, la de contraste entiende que dicho plazo ha de comenzar a correr, no desde la fecha del despido verbal, sino desde la de interposición de la reclamación previa.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida la trabajadora fuera fija discontinua y el cese se produjera por la no readmisión tras la baja por IT y maternidad, en tanto en la de contraste el cese se produce por el despido verbal del trabajador, ya que la cuestión controvertida es si el "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido empieza el día del cese en el trabajo -por no reincorporación en la recurrida, por despido verbal en la de contraste- o el día en el que el trabajador interpone la reclamación previa.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.-1.- El recurrente alega infracción del artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como del artículo 69.1 y 3 de la LRJS y de la jurisprudencia que lo interpreta.

2.- La cuestión ha sido resuelta, entre otras, por la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2012, recurso número 4121/2011, citada como contradictoria, que contiene el siguiente razonamiento: «SEGUNDO.- 1.- La cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala, -- en concordancia con la jurisprudencia constitucional --, entre otras en las SSTs/IV 12-abril-2011 (rcud 1111/2010), 7-octubre-2011 (rcud 530/2011), 28-noviembre-2011 (rcud 846/2011) y 13-junio-2012 (rcud 2180/2011), argumentándose en la primera de ellas que "La doctrina unificada (entre otras STS de 17/09/2009 - rec.4089/08 -, que reitera la STS de 17/12/2004 -rec. 6005/2003-) ha dado respuesta a cuestiones como la que se plantea en este procedimiento y así se advierte en la sentencia de contraste, que, refiriéndose a la doctrina constitucional, sentencias del alto Tribunal 193 y 194/1992 y 214/2002 , han establecido, recuerda que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución . Así estas sentencias señalan que, aunque los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores son Derecho necesario, también lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración -hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas, cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social. Por otra parte, se afirma que la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los

Trabajadores supone que de hecho la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicables. Por ello, no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987). Por el contrario, resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo -hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado", así como que "Igual doctrina ante supuestos similares es la seguida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal, entre otras, en Sentencias de 16 de junio 1992 (Recurso 7780/1990 , 6 de febrero de 1995 (Recurso 2595/1992) y 11 de diciembre de 1995 (Recurso 2472/1992)" y añadiendo que "Ha de valorarse en adición, como asimismo señala la sentencia de contraste (STS de 17/03/2003 -rec. 760/2002) que la caducidad es institución que pretende reforzar la seguridad jurídica de quien habría de sufrir las consecuencias del éxito de la acción ejercitada. Y resultaría no ya desproporcionado, sino altamente contrario a los principios de justicia distributiva, robustecer la posición, ya de por sí favorable, que la Ley dispensa a la Administración en el proceso, al exigirse la reclamación previa para demandarla, otorgándole un plus nacido, precisamente, de su mal cumplimiento de las obligaciones de orden público que le impone el Ordenamiento Jurídico, aunque no conste que esa defectuosa información fuera intencionada".

2.- Como también señala el Ministerio Fiscal, tras la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la solución a estos problemas tiene una respuesta expresa en el texto legal, al disponerse en el art. 69.1.II y III y 3 de la referida norma procesal que "1. ...En todo caso, la Administración pública deberá notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos o de la

reclamación administrativa previa que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.- Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el párrafo anterior mantendrán suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción y únicamente surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso o reclamación que proceda "y que" 3. En las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos, si bien la interposición de la reclamación previa suspende el plazo de caducidad, en los términos del artículo 73».

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido, procede estimar el recurso formulado. En efecto, ante la comunicación efectuada por la trabajadora el 9 de agosto de 2012 al Servicio Andaluz de Empleo de que finalizaba su baja por maternidad el 25 de agosto de 2012 y solicitaba que se procediera a su llamamiento como tutora al programa Cualifica el 26 de agosto de 2012, este no respondió y la actora interpuso reclamación previa el 18 de septiembre de 2012, reclamación que no fue respondida por lo que transcurrido un mes, el 18 de octubre de 2012, se entiende denegada, disponiendo la actora de veinte días hábiles para interponer la demanda, como la interpuso el 13 de noviembre de 2012, aún no habían transcurrido los veinte días que para el ejercicio de la acción de impugnación del despido establece el artículo 59.3 del ET y 103. 1 de la LRJS, computados a partir de la fecha en que se entiende denegada por silencio la reclamación previa, tal y como establece el artículo 69.1 y 3 de la LRJS.

CUARTO.-1.- En virtud de lo establecido en el artículo 228.2 de la LRJS , si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación

con pronunciamiento ajustado a dicha unidad de doctrina, por lo que, habiéndose alegado por la demandada SERVIVIO ANDALUZ DE EMPLEO, como motivo de suplicación, que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 21 de la Ley 18/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, procede resolver dicho motivo de recurso. Aduce, en esencia, que la no contratación de interinos no es sino seguimiento de lo ordenado por la Ley de Presupuestos sobre la no utilización de dicha figura, salvo en caso de necesidad o urgencia.

2.- El precepto cuya vulneración denunció la recurrente en el recurso de suplicación, artículo 21 de la Ley 18/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece:

"Contratación de personal laboral temporal durante el año 2012.

1. Solo en casos excepcionales, y para cubrir necesidades urgentes que no puedan ser atendidas por el personal laboral fijo, podrá contratarse personal laboral por un plazo máximo de doce meses, durante el ejercicio 2012, para programas específicos o relativos a necesidades estacionales".

La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida ya que la trabajadora no es personal temporal ni ha sido "contratada" pues, siendo su relación laboral de carácter fijo discontinuo, tal y como resulta del hecho probado primero de la sentencia de instancia, tenía un contrato vigente, en virtud del cual debía ser llamada para el programa de formación para el empleo denominado Cualifica, una vez finalizada la situación de IT por amenaza de parto prematuro y posterior baja por maternidad y, al no haberlo efectuado así la demandada, se ha producido su despido.

Al encontrarse la actora en situación de baja por maternidad, sin que hubieran transcurrido nueve meses desde la finalización de la misma y no habiéndose declarado la procedencia del despido, procede declarar su nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.5 del ET y al haberlo entendido así el juzgador de instancia ha de ser confirmado dicho pronunciamiento.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de DOÑA Catalina frente a la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación número 2022/2013, interpuesto por el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Córdoba el 7 de marzo de 2013, en los autos número 1484/2012, seguidos a instancia de DOÑA Catalina contra el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «1).- El trabajador Don Desiderio, con DNI NUM000 y número de afiliación a la Seguridad Social NUM001, nacido el NUM002 /32, prestó servicios para la empresa Servicios y Aplicaciones S.L. hasta 1989.- 2).- Durante tal periodo el trabajador estuvo protegido por Mutualia (anteriormente Mutua Vizcaya Industrial) la cobertura de todas las prestaciones de accidente de trabajo. Por enfermedad profesional Mutualia únicamente

cubría las prestaciones generadas durante la situación de incapacidad temporal y periodo de observación, siendo responsable el INSS. Desde el 1/01/08 Mutualia cubre también las prestaciones de incapacidad permanente y muerte por enfermedad profesional, cuando el hecho originador ha sobrevenido después de esa fecha.- 3).- El trabajador fue declarado beneficiario de una pensión de IPT por EP por resolución administrativa de 29/03/90 para su profesión de albañil, siendo declarado posteriormente afecto a IPA por Sentencia del TSJ del País Vasco de 10/09/93 por haber permanecido en IT por EP desde marzo de 1989 por un cuadro de edemas de características alérgicas con dermatitis laboral al cromo y caucho.- 4).- El trabajador falleció el 07/09/10 y el INSS dictó resolución de 30/09/10 por la que se reconoció a sus beneficiarios prestaciones de muerte y supervivencia por EP.- 5).- Con fecha 30/12/10 Mutualia ingresó en TGSS un capital coste de renta por la prestación de viudedad de 121.125.61 euros.- Con fecha 02/12/10 Mutualia abonó a los beneficiarios del trabajador fallecido indemnizaciones a tanto alzado por la prestación de muerte y supervivencia por importe total de 7.922,18 euros.- 6).- En fecha 05/7/13 Mutualia solicitó la revisión de la declaración de responsabilidad en las prestaciones reconocidas por enfermedad profesional. Por resolución del INSS de fecha 24/09/13 se desestimó la solicitud de Mutualia. Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa en vía administrativa, que fue desestimada en fecha 6/11/13.- 7).- Se dan por íntegramente reproducidos los expedientes administrativos.»

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: « Se desestima la demanda interpuesta por Mutualia frente a INSS, TGSS, Doña Matilde y Servicios y Aplicaciones S.L., debo absolver y absuelvo a las partes demandadas de las pretensiones deducidas en su contra, confirmando la resolución administrativa».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de MUTUALIA, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 9 de diciembre de 2014, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: «Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por Mutualia, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de

Bilbao, de fecha 16 de julio de 2014 , que se revoca en parte. En su lugar, estimando en parte la demanda formulada por la ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la misma, D^a. Matilde, y Servicios y Aplicaciones, S.L., declaramos que a partir del 5 de abril de 2013 la responsabilidad en el pago de las prestaciones de muerte y supervivencia causadas por D. Desiderio le corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, y a la entidad gestora y a la caja única del sistema a hacer frente a la responsabilidad que se les imputa. Sin costas».

CUARTO.- Por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta del INSS y TGSS, de una parte y MUTUALIA, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, N^o 2 , se formularon recursos de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y:

Recurso formulado por el INSS y TGSS, aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunales Superior de Justicia de La Rioja, de 12 de noviembre de 2013 [Rec. 200/13].

Recurso formulado por MUTUALIA: Aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 6 de noviembre de 2013 [Rec. 1200/13].

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso formulado por el INSS y TGSS e improcedente el formulado por la MUTUA MUTUALIA. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de mayo de 2016, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Los hechos declarados probados en las presentes actuaciones son -resumidamente- los que siguen: a) el causante de las prestaciones que son objeto de la presente reclamación falleció en 07/09/10 a consecuencia de Enfermedad Profesional; b) por resolución de 30/09/10 el INSS reconoció las correspondientes prestaciones por Muerte y Supervivencia, imputando su abono a la accionante «Mutualia»; c) en 05/07/13 la referida Mutua interesa la revisión de la responsabilidad declarada, lo que es denegado por resolución frente a la que se interpone reclamación previa igualmente desestimada.

2.- Formulada demanda, la misma fue rechazada por la sentencia que en 16/07/14 dicta el J/S nº 5 de los de Bilbao [autos 1454/13]. Y formulado recurso de suplicación -centrado primordialmente en la caducidad de la reclamación previa y en la infracción del art. 71.2 LRJS -, la decisión de instancia fue revocada por la STSJ País Vasco 09/12/2014 [rec. 2146/14], que estima la demanda y declara al INSS responsable de las prestaciones objeto de litigio, siquiera limita la devolución del capital/coste respecto de del correspondiente a los tres meses anteriores a la solicitud de reintegro.

3.- Se interpone por el INSS recurso de casación para la unificación de doctrina, con motivo en el que se denuncia la infracción de los arts. 56 y 57, en relación con la DA Sexta, de la LRJAP y PAC, así como de los arts. 43 LGSS y 71 LRJS; y se señala como decisión de contraste la STSJ La Rioja 12/11/13 [rec. 200/13], que llegó a solución opuesta a la de autos en supuesto que reviste sustancial identidad: a) trabajador declarado en situación de IPA en 2002; b) fallecimiento en Diciembre/2009, con reconocimiento de prestaciones por muerte en Enero/2010 a cargo de una Mutua Patronal; y c) reclamación de la misma en Septiembre 2012.

4.- También formula recurso de casación «Mutualia», por considerar infringido por aplicación indebida el art. 43.1 LGSS, razonando que la responsabilidad del INSS «debe ser íntegra en toda la extensión temporal de las prestaciones de muerte reconocidas y no limitándose al plazo retroactivo de 3 meses fijado en tal precepto legal»; y al efecto propone como referencial la STSJ Asturias 06/09/2013 [rec. 1200/13].

5.- Sin necesidad de mayores precisiones, ya que la cuestión que se debate en las presentes actuaciones es de constante reproducción en unificación de doctrina, tanto en la denuncia como en las decisiones referenciales invocadas, hemos simplemente de referir -en el plano formal- que el recurso interpuesto por el INSS cumple exquisitamente la exigencia de contradicción.

Y que el formulado por la Mutua, únicamente sería examinable en supuesto -inexacto, como veremos- de que rechazásemos la pretensión del INSS, aparte de que no concurre la exigencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la decisión referencial, pues en la decisión de contraste no fue objeto de debate la cuestión que ahora se suscita, la de la posible aplicación del art. 43.1 LGGS y limitación temporal en el reintegro del capital/coste; lo que nos lleva a rechazar tal recurso, porque cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91-; ... 11/02/16-rcud 3319/14-; 16/02/16 -rcud 829/14).

SEGUNDO.- 1.- Por ello, hemos de limitarnos al único recurso admisible -el del INSS- y -reiterando una vez más nuestra doctrina- indicar que el tema litigioso planteado por la Entidad Gestora consiste en determinar si la no impugnación de una resolución del INSS en el plazo previsto por el art. 71.2 LRJS, impide que la Mutua Patronal a la que por aquella decisión se le imputó responsabilidad en el abono de una EP, pueda reclamar en vía judicial frente a aquella imputación antes de que haya prescrito el derecho sustantivo.

2.- La decisión recurrida argumenta -en síntesis- que la situación procesal en que se traduce la falta o ineficacia de la reclamación previa a la vía judicial es la caducidad de la vía administrativa solamente, no de la acción cuyo ejercicio permanece vivo mientras el derecho material que la sustenta no prescriba, por lo que cuando se ha abandonado el trámite de reclamación frente a una determinada resolución o ni tan siquiera se inicia, no se pierde el derecho, sino la posibilidad de acceder a la vía jurisdiccional de forma directa, pudiendo reanudarse -o reiniciarse- a través de la reclamación oportuna, que inicia nuevamente la posible virtualidad del derecho.

Muy contrariamente, en la decisión referencial se razona su divergente conclusión, diciendo que la usual doctrina de que el transcurso del plazo establecido por el art. 71 LPL sin interponer demanda «en modo alguno puede universalizarse a todos los actos de la Administración Institucional de la Seguridad Social hasta el punto de reducir a la esterilidad los plazos de impugnación jurisdiccional de tales actos ..., y cabe de aquella jurisprudencia deducir que la misma queda referida sustancialmente a los beneficiarios de las prestaciones y a su derecho al reconocimiento de las mismas, pero no alcanza a supuestos, como el enjuiciado, totalmente ajeno a dichos condicionantes, pues en él no se insta un reconocimiento del derecho a una prestación (o a los elementos de la misma) por su beneficiario, sino que lo pretendido es la extinción de una obligación impuesta por la resolución administrativa firme por quien además no tiene la condición de beneficiario, como es el caso de una Mutua de Accidentes, en quien, a diferencia del beneficiario, no se puede suponer o intuir que tenga dificultad en el conocimiento y defensa de sus intereses en la materia de Seguridad Social que constituye el objeto de su actividad».

3.- La cuestión que en los presentes autos se suscita fue resuelta por el Pleno de la Sala en dos sentencia de 15/06/2015 [recursos 2766/14 y 2648/14], en las que fijamos que la doctrina ajustada a Derecho era la mantenida por la -entonces y hoy- sentencia de contraste; decisión cuyo criterio ha sido reiterado ya en numerosas ocasiones (entre las últimas, SSTs 15/12/15 -rcud 288/15; 15/12/15-rcud 291/15-; y 16/12/15 -rcud 441/15-) y que por elementales razones de seguridad jurídica vuelve a serlo en estas actuaciones.

TERCERO.- 1.- Es consolidada doctrina de esta Sala que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad (así, desde la STS 07/10/74 Ar. 3903, dictada en interés de ley).

2.- Destaquemos igualmente que esta doctrina se ha positivizado en el art. 71.4 de la vigente LRJS, a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... ». Y que la previsión de este precepto significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [arts. 56 y 57 LRJAP /PAC], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrido en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [art. 28 LJCA].

3.- Señalemos también que si se excepciona de tal consecuencia -propia del régimen común del Derecho Administrativo- a la «materia de prestaciones de Seguridad Social», hoy en el art. 71 LRJS y antaño en nuestra más temprana jurisprudencia [desde la citada resolución en interés de Ley], muy posiblemente ello sea atribuible al presumible desvalimiento jurídico de los beneficiarios y a la consideración de que ciertos mecanismos protectores -frente a su desconocimiento legal- no solamente no están privados de justificación, sino que incluso responden más adecuadamente al principio de irrenunciabilidad de los derechos al que en ocasiones alude el Tribunal Constitucional (así, SSTC 120/1984, de 10/Diciembre ; 14/1985, de 1/Febrero ; y 97/1987, de 10/Junio) y que en todo caso ha sido consagrado por nuestra más antigua doctrina.(vid., por ejemplo, las SSTS 07/05/53 Ar. 1217 ; 14/02/61 Ar. 1596; 04/04/61 Ar. 1419...).

4.- En esta misma línea -de limitar la excepción a los beneficiarios de las prestaciones de Seguridad Social- apunta el texto del art. 71 LRJS , cuya literalidad invita a entender que el privilegio va exclusivamente referido al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, y que -por lo mismo- tiene por destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, las que incluso se contemplan - apartado 3- como sujetos pasivos de la reclamación previa. Así, las expresiones utilizadas por la norma [«materia de prestaciones»; «alta médica»; «solicitud inicial del interesado»; «reconocimiento inicial»; «modificación de un acto o derecho»; y -sobre todo- «en tanto no haya prescrito el derecho»], resultan del todo ajenas a la reclamación

efectuado por la Mutua Patronal frente al INSS, mucho después de dictada la resolución, pretendiendo que se deje sin efecto no los términos de la «prestación», sino la imputación de su responsabilidad, y que con su consentimiento había adquirido firmeza, pero que se pretende impugnar ahora tras novedoso criterio jurisprudencial en la materia.

5.- En último término tampoco cabe argumentar -como se hace- la literalidad de la DA Sexta LRJAP /PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º ... de la Ley de Procedimiento Laboral ... se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], para extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad, puesto que la referida DA nada añade a la cuestión al no comportar interpretación alguna del art. 71 LRJS, que es de lo que aquí se trata.

CUARTO.- 1.- Nuestra respuesta sería incompleta si no contrarrestásemos mínimamente los argumentos ofrecidos por la Mutua en defensa de su pretensión en las presentes actuaciones [escrito de impugnación] y en general por tales Entidades Colaboradoras en muchos otros procedimientos, rechazando -en primer lugar- sus afirmaciones acerca de la «desigualitaria interpretación» del precepto que nuestra tesis comporta. Digamos al efecto, justificando el diferente tratamiento que a nuestro juicio otorga el art. 71 LRJS a los beneficiarios de las prestaciones y a la Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, que en materia de igualdad son precisiones clásicas de la doctrina constitucional desde la Sentencia de 22/1981, de 2/Julio , las que siguen:

a).- Que «... el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE , sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello». b).- Que lo propio del juicio de igualdad es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como

consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» [STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10] y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3] (entre las recientes, SSTC 63/2011, de 16/Mayo, FJ 3; 79/2011, de 6/Junio, FJ 3; 17/2011, de 4/Julio, FJ 4; 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3; 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; - Pleno- 41/2013, de 14/Febrero, FJ 6; - Pleno- 61/2013, de 14/Marzo, FJ 4; 45/2014, de 07/Abril, FJ 3; 51/2014, de 07/Abril, FJ 3 ; 60/2014, de 05/Mayo, FJ 3 ; y 156/2014, de 25/Septiembre, FJ 4. Y -también próximas- SSTS 20/01/15 - rcud 401/14-; y 13/Enero/2016 -rco 286/13)

Doctrina que se complementa con la exigencia de acreditación del necesario «tertium comparationis» en régimen de igualdad [SSTC 111/2001, de 7/Mayo FJ 2; 39/2002, de 14/Febrero, FJ 4 y 5; 103/2002, de 6/Mayo FJ 4 ; 39/2003, de 27/Febrero FJ 4], pudiendo decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un «tertium comparationis», que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce [SSTC 125/2003, de 19/Junio; 53/2004, de 15/Abril]. De forma que «para poder efectuar un juicio de igualdad es imprescindible tener un término de comparación válido [STC 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5], para lo cual no sólo es necesario precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, sino si el legislador ha atribuido a un mismo grupo o categoría personal creado por él mismo unas consecuencias jurídicas diversas sin introducir un factor diferencial [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 a); 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 c); y 139/2005, de 26 de mayo , FJ 6]» (STC -Pleno- 8/2015, de 22/Enero , FJ 9.a).

2.- Así pues, desde el momento en que no existe censurable desigualdad, en tanto que el principio de igualdad únicamente puede invocarse con éxito cuando estamos ante «situaciones jurídicas iguales» [circunstancia inexistente en el caso], el hecho de que la Mutuas Colaboradoras hayan de sujetarse al régimen común

administrativo y a la consiguiente inatacabilidad del acto firme [art. 28 LJCA], difícilmente puede comportar -como se argumenta- la vulneración del principio «pro actione» y consiguientemente del derecho a la tutela judicial, pues:

a).- Tal principio no impone «... a pesar de su ambigua denominación, la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de entre todas las que lo regulan... ya que el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada «impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (SSTC 88/1997, de 05/Mayo, F. 2; 207/1998, de 26/Octubre, F. 3; 38/1998, de 17/Febrero, F. 2; 122/1999, de 28/Junio ; 195/1999, de 25/Octubre, FJ 2; 160/2001, de 5 de julio, F. 3; 27/2003, de 10 de febrero, F. 4; 177/2003, de 13 de octubre, F. 3 ; 3/2004, 14 de enero, F. 3 ; 79/2005, de 2 de abril, F. 2 ; 133/2005, de 23 de mayo, F. 2; 327/2006, de 20/Noviembre, FJ 3; 52/2007, de 12/Marzo, FJ 2; y 25/2010, de 27/Abri , FJ 3).

b).- Para la Sala es claro que ninguna «desproporción» cabe atribuir a un criterio -el nuestro- que se limita a otorgar el privilegio del art. 71 LRJS a quienes literalmente se les atribuye por la norma [los beneficiarios de prestaciones de la Seguridad Social] y a excluir a personas jurídicas que no solamente no están incluidos en la literalidad del precepto, sino que tampoco se hallan comprendidas en ella atendiendo a criterios finalísticos [las Mutuas colaboradoras], y a las que -a mayor abundamiento- tampoco se atisba razón alguna para eximir las del régimen común del Derecho Administrativo.

c).- Finalmente, tampoco cabe olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva no es «un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal», sino que «[e]n cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades

de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos [SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3 ; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3 ; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 ; 144/2004, de 13 de septiembre, FJ 2 ; 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2 ; 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3 ; 135/2008, de 27/Octubre, FJ 2 ; 40/2009, de 9/Febrero, FJ 4 ; 165/2011, de 3/Noviembre, FJ 3 ; y - Pleno- 20/2012, de 16/Febrero , FJ 7).

QUINTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -tal como informa el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser revocada. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 09/12/14 [rec. 2146/14], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Bilbao [autos 1454/13], a instancia de la Mutua «MUTUALIA», y resolviendo el debate de suplicación revocamos la decisión recurrida y confirmamos la de instancia, que absolvió al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, así como a Doña Matilde y a la empresa «SERVICIOS Y APLICACIONES, S.L.». Sin imposición de costas en ninguno de los trámites.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

LIV. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. ° 84, páginas. 55-61.
- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.
- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.
- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.

- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas. 12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS
ET SACRIFICIUM