

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1043/2018 de 12
Dic. 2018, Rec. 4142/2016**

Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4142/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1043/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Fernando Salinas Molina

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a. Soledad, representada y asistida por el letrado D. Santiago Pinedo Fernández, contra la sentencia dictada el 19 de octubre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 760/2016-s, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid, en autos núm. 336/2016, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra Uteshm Clece Valoriza, Clece SA, Valoriza Facilities SA, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Mutua Universal (Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 10).

Han comparecido como parte recurrida Mutua Universal-Mugenat, representada y asistida por la letrada D.^a. Raquel Roperio Hermida y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de mayo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- D.^a. Soledad presta servicios para la UTE Clece Valoriza desde el 7-9-1999 con categoría de limpiadora.

SEGUNDO.- el 28-11-29014 (sic) solicitó del empresario y obtuvo licencia especial del 2 al 31-12-2014 y que fueron las partes prorrogando en sucesivas ocasiones hasta el 31-3-2015.

TERCERO.- El 26-3-2015 la demandante es dada de baja por IT siendo dada de alta el 14-6-2015.

CUARTO.- Solicita la prestación de IT a la mutua Universal que se la deniega alegando que corresponde el pago delegado al empresario.

Solicita también la prestación al INSS que resuelve el 8-2-2016 indicando que la prestación debe abonarse por la Mutua.

QUINTO.- La base reguladora asciende a 47,52 euros diarios."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda formulada por D^a. Soledad y absuelvo a las demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Universal, Uteshm Clece Valoriza, Clece, S.A., Valoriza Facilities, S.A. de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Soledad ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 2016, en la que, estimando el motivo planteado a tal fin, se revisa el Hecho probado Segundo, resultando la siguiente redacción:

"El 28-11-2014 solicitó al empresario y obtuvo licencia especial del 2 al 31-12-2014 y que fueron las partes prorrogando en sucesivas ocasiones hasta el 31-3-2015.

La empresa demandada con fecha de 1 de abril de 2015 dio de alta laboral ante la Seguridad Social, tras finalizar la excedencia".

Dicha sentencia consta del siguiente fallo:

"Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en autos nº 336/2016, seguidos a instancia de Soledad contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Uteshm Clece Valoriza, Clece SA, Valoriza Facilities SA y Mutua Universal Mugenat, en reclamación de prestaciones de incapacidad temporal confirmando la misma."

TERCERO.- Por la representación de D^a. Soledad 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 sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 21 de marzo de 2006, (rollo 368/2006).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de mayo de 2017 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 13 de noviembre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La trabajadora acude a la casación para unificación de doctrina denunciando la infracción del art. 124.1 en relación a los arts. 125 y 130, de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en referencia al texto legal aplicable al presente proceso), así como en relación con el art. 36.1.17 del RD 84/1996.

2. El recurso invoca, como sentencia de contraste, a los efectos de cumplir con el requisito del art. 219.1 LRJS, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) el 21 marzo 2006 (rollo 368/2006).

Se trataba allí de la reclamación del pago del subsidio de incapacidad temporal de quien, hallándose en situación de excedencia por cuidado de hijo, sufre un accidente el día antes de su reincorporación al trabajo (último día de la situación de excedencia) y el día de la incorporación es despedida, extinguiéndose posteriormente el contrato por acuerdo alcanzado en conciliación.

La Sala de suplicación parte de que, en efecto, la trabajadora no se hallaba en situación asimilada al alta en la fecha de inicio de la incapacidad temporal, pero sí al día siguiente. Razona que, siendo la situación la IT de tracto sucesivo, el derecho al subsidio debe reconocerse desde la fecha en que fue alta de nuevo en la empresa.

3. Como se desprende del relato de hechos antes transcrito, en el presente caso la demandante se hallaba en situación de excedencia voluntaria (especial, reconocida en el convenio colectivo de aplicación) y, en tal situación inicia baja por enfermedad que mantiene en el momento que, agotada la excedencia, se reincorpora a la empresa. Tanto en vía previa como en los pronunciamientos judiciales de las dos fases de este litigio se deniega su derecho a lucrar el subsidio por no reunir el requisito de hallarse en alta o situación asimilada al alta. Definitivamente, la sentencia recurrida sostiene que la excedencia de la actora es de naturaleza voluntaria y, por ello, excluida de la situación de asimilación al alta conforme al art. 125 LGSS.

4. Es evidente que entre los supuestos comparados se aprecian algunas diferencias que giran, particularmente, en torno, a la naturaleza de la excedencia en la que se situaban las dos trabajadoras respectivamente demandantes. No obstante, concurre la contradicción exigida por el citado art. 219.1 LRJS puesto que, en suma, el núcleo de decisión se halla en determinar si, en una situación legalmente no confirmada como asimilada al alta -y tanto lo es la de la demandante como la de la trabajadora del pleito de contraste-, es posible analizar el cumplimiento del requisito del alta en momento posterior al del inicio de la baja médica.

Es ahí donde las sentencias comparadas alcanzan soluciones opuestas. Así, la sentencia de contraste elabora la tesis del tracto sucesivo y permite generar el derecho a partir del momento en que dicho requisito del alta se cumple. Por el contrario, la sentencia recurrida examina el cumplimiento de tal requisito en el momento mismo de la situación inicial de baja médica.

Recordemos que al supuesto analizado por la sentencia de contraste le era de aplicación la Disp. Ad. 3ª del RD 1251/2001 que establece expresamente: "Situación asimilada a la de alta en excedencias por cuidado de familiares. 1. Tendrán la consideración de situación asimilada a la de alta, a efecto de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a las de incapacidad temporal y maternidad, las siguientes situaciones previstas en el apartado 3 del artículo 46 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo: a) 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 (...)".

De ahí que no quepa apreciar diferenciación entre el supuesto de dicha sentencia de contraste y el que se resuelve en la sentencia recurrida pues, insistimos, estamos ante situaciones que legalmente no están configuradas como asimiladas al alta para la prestación de incapacidad temporal.

SEGUNDO.- 1. En relación con las situaciones de excedencia, el legislador ha querido que sólo la excedencia forzosa constituya circunstancia que, con arreglo al art. 125.2 LGSS, puede ser considerada como asimilable al alta "para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan".

Ninguna duda cabe, pues, que no es asimilable al alta la situación de excedencia voluntaria -como tampoco lo era la excedencia por cuidado de hijo en el supuesto analizado en la sentencia de contraste-. La referencia expresa a la naturaleza forzosa de la excedencia impide su equiparación con otros supuestos de excedencia distintos, como es el caso de la excedencia voluntaria o lo era en la excedencia por razones familiares, pues sólo a la primera se la dota de aquella consideración.

2. De lo que se trata ahora es de examinar cuál debe ser el momento en que ha de reunirse el citado requisito en relación con la prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes.

A tal fin, el art. 130 LGSS dispone que "Serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas integradas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el artículo 128, siempre que reúnan, además de la general exigida en el número 1 del artículo 124, las siguientes condiciones:

a) En caso de enfermedad común, que hayan cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional no se exigirá ningún período previo de cotización".

La remisión al art. 124.1 LGSS implica la necesidad de cumplir con la condición general, según la cual "Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario".

Finalmente, recordemos que la situación protegida es, a estos efectos y conforme al art. 128.1 a) LGSS, "la enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, ...".

3. De este último precepto se deriva que la protección del sistema de Seguridad Social se dispensa cuando el trabajador/a acredite la necesidad de recibir asistencia sanitaria y esté impedido/a para el trabajo. Ello supone que, ciertamente, la situación protegida se identifica con el inicio de la enfermedad o el acaecimiento del accidente. Ahora bien, no basta con que enfermedad o accidente concurren, sino que es preciso que éstos provoquen la imposibilidad temporal de trabajar, así como la necesidad añadida de asistencia sanitaria.

El hecho causante de la prestación se produce cuando se actualiza la contingencia protegida, siendo en dicho momento en el que la ley exige el cumplimiento de los requisitos que condicionan el acceso a la protección.

Ahora bien, las normas legales antes reproducidas exigen la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos indicados para el acceso a la prestación. Entre ellos se encuentra el impedimento para trabajar. Por consiguiente, sólo de tratarse de trabajadores que están en disposición de trabajar cabrá examinar si, efectivamente, la enfermedad o el accidente en cuestión les producen la imposibilidad de hacerlo.

La dinámica de la prestación exige partir de la fecha de la baja, determinante para el nacimiento del derecho, cuando, efectivamente, sólo si existe una pérdida de retribuciones debida a la inactividad ocasionada por las dolencias incapacitantes; de otro modo no cabe entender que se haya producido una verdadera baja médica puesto que, con independencia de la constatación del estado de salud del trabajador, carece de relevancia constatar una imposibilidad para trabajar de quien no se halla en activo, ni en disposición de hacerlo (situación de desempleo). Difícilmente puede aceptarse que el hecho causante se fije en un momento en que no hay prestación efectiva de trabajo, ni percepción de salarios (STS/4ª de 26 mayo 2003 -rcud. 2724/2002-). La situación protegida no nace hasta el momento en que el trabajador debe incorporarse a su actividad y ésta

se ve imposibilitada por razón de su incapacidad temporal, por lo que la efectividad de la prestación no puede reconocerse hasta que no se acredite la concurrencia de todas las condiciones exigidas en el mencionado art. 124 LGSS (STS/4ª de 24 noviembre 1998 -rcud. 1206/1998-).

TERCERO.- 1. Por todo lo dicho hemos de estimar el recurso al ser la sentencia referencial la que contiene un pronunciamiento ajustado a Derecho. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de igual clase planteado por la demandante y revocamos la sentencia del Juzgado de instancia, estimando la demanda inicial. En consecuencia, se declara a la actora en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con efectos de 1 de abril de 2015, con derecho al abono del subsidio calculado sobre la base reguladora diaria de 47,52 €, hasta el 14 de junio de 2015, fecha del alta médica, con cargo a la empresa y a la Mutua demandadas, con arreglo a sus respectivas obligaciones legales.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª. Soledad y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada el 19 de octubre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 760/2016-s, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de igual clase planteado por la demandante y revocamos la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid, en autos núm. 336/2016 y, estimando la demanda inicial, declaramos a la actora en situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con efectos de 1 de abril de 2015 hasta el 14 de junio de 2015, condenando a la empresa Uteshm Clece Valoriza y a la Mutua al abono del subsidio calculado sobre la base reguladora diaria de 47,52 €, fecha del alta médica, en atención a sus respectivas obligaciones legales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.