

**SUBSIDIO POR DESEMPLEO E INCAPACIDAD TEMPORAL: a los efectos de devengar la protección por una recidiva de incapacidad temporal (surgida más de seis meses después de finalizar el anterior periodo) no es posible considerar como situación asimilada al alta la de quien está percibiendo el subsidio (asistencial) por desempleo. SENTIDO DEL FALLO: Desestimación demanda; Estimación íntegra recurso de casación**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3121/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 472/2023**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 4 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mutua Ibermutuamur, representada y defendida por la Letrada Sra. Iborra Moreno (por jubilación sustituida por el Letrado Sr. Victoria Ros), contra la sentencia nº 528/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 11 de mayo, en el recurso de suplicación nº 435/2019, interpuesto frente a la sentencia nº 347/2018 de 28 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia, en los autos nº 586/2017, seguidos a instancia de D. XXXX, contra dicha recurrente, la empresa XXXX, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Murciano de Salud, sobre seguridad social.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Sánchez Jiménez, D. XXXX, representado y defendido por el Letrado Sr. Segundo Guadamillas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de noviembre de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Murcia, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"Que estimando la demanda formulada por D. XXXX contra XXXX, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA IBERMUTUAMUR y el SERVICIO MURCIANO DE SALUD, debo declarar y declaro que la baja médica de 2/3/2017 deriva de accidente de trabajo, condenando a la MUTUA IBERMUTUAMUR y al INSS-TGSS a estar y pasar por ello, con responsabilidad directa de la MUTUA IBERMUTUAMUR y subsidiaria del INSS-TGSS en los términos que legalmente les pueda corresponder. Se absuelve de toda responsabilidad al SERVICIO MURCIANO DE SALUD y a la empresa XXXX".*

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:

*"Primero.- El actor ha prestado servicios para la empresa XXXX desde el 29/8/2011 al 28/02/2012 como peón, y desde el 1/12/2014 al 31/5/2015 con la categoría profesional de ayudante.*

*Segundo.- Desde el 26/5/2016 al 13/11/2017 el actor fue perceptor de subsidio de desempleo.*

*Tercero.- El 2/3/2017 el facultativo médico de los servicios públicos de salud expidió parte de baja a favor del actor con el diagnóstico de "gonalgia izquierda", siendo posteriormente diagnosticado de "síndrome femoropatelar doloroso bilateral".*

*Cuarto.- El actor sufrió accidente de trabajo de fecha 8/5/2015, con baja médica desde el 11/5/2015, cuando prestaba servicios para XXXX, que tenía cubierta la incapacidad temporal por riesgos profesionales con la MUTUA IBERMUTUAMUR. El trabajador, después de ser intervenido quirúrgicamente, fue dado de alta por la Mutua el 25/05/2016 con el diagnóstico de "trastorno interno de rodilla no especificado".*

*Quinto.- El demandante formuló escrito el 20/3/2017 solicitando que se determinara el carácter profesional de la contingencia causante del proceso de incapacidad temporal que inició el 3/3/2017.*

*Sexto.- El EVI, en sesión de 13/06/2017 emitió propuesta en la que indicó que la citada baja médica derivaba de enfermedad común, siendo ello confirmado por resolución del INSS.*

*Séptimo.- No consta que con anterioridad al 8/5/2015 el actor recibiera asistencia sanitaria por problemas en la rodilla ni que por ello estuviera en situación de incapacidad temporal.*

*Octavo.- La base reguladora diaria asciende a 63,52 euros".*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia con fecha 11 de mayo de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva:

*"Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por IBERMUTUAMUR, contra la sentencia número 347/2018 del Juzgado de lo Social número 2 de Murcia, de fecha 28 de noviembre, dictada en proceso número 586/2017, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por D. XXXX frente a XXXX, IBERMUTUAMUR, SERVICIO MURCIANO DE SALUD, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales del recurso, de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, fijándose en 500 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria. Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal".*

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, por el Letrado Sr. Victoria Ros, en representación de Mutua Ibermutuamur, mediante escrito de 11 de junio de 2020, 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 Madrid de 6 de julio de 2016 (rec. 450/2016). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 125.1 LGSS).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 17 de noviembre de 2021 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.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.**

Se discute, en esencia, si quien sufrió un accidente laboral tiempo atrás y percibe subsidio por desempleo puede acceder a la incapacidad temporal (IT) en caso de recidiva. El debate, en concreto, ha acabado centrándose en la determinación de si concurre el requisito de encontrarse en situación asimilada al alta (SAA).

## **1. Los hechos relevantes.**

Los hechos probados (por lo demás pacíficos) son tan escuetos como muestra su reproducción, ya incorporada a nuestros Antecedentes.

El actor ha prestado servicios para una industria cárnica en dos períodos (agosto de 2011 a febrero de 2012; diciembre de 2014 a mayo de 2015) y durante el segundo de ellos sufrió un accidente laboral (mayo de 2015) que afectó a su rodilla izquierda.

Tras agotar la prestación por desempleo accedió al subsidio de tal índole (mayo de 2016 a noviembre de 2017) y mientras lo percibía (marzo de 2017) se le expide parte de baja, inicialmente considerado por contingencia común.

En su demanda el actor interesa que se declare el carácter profesional de la contingencia.

## **2. Sentencias dictadas en el procedimiento.**

**A)** Mediante su sentencia 347/2018 de 28 de noviembre el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia afirma el origen laboral de la contingencia y, por tanto, estima la demanda interpuesta, declarando la responsabilidad directa de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social (Ibermutuamur; ahora, Ibermutua).

Recalca que antes del accidente laboral el trabajador no había tenido molestias en las rodillas y que al no haberse acreditado causa excluyente de esa conclusión lógica debe prevalecer la etiología laboral de las lesiones.

Acto seguido estudia si el hecho de que estuviera percibiendo el subsidio por desempleo priva de efectividad a esa declaración. El art. 165 LGSS dispone que el acceso a las prestaciones requiere que concurra alta o SAA y el art. 166 LGSS identifica como SAA la percepción de desempleo, no habiendo inconveniente en extender esa regla al subsidio.

**B)** A través de su sentencia 528/2020 de 11 mayo la Sala de lo Social del TSJ de Murcia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua.

Expone que, conforme al art. 9.1 de la OM de 13 octubre 1967, cuando han transcurrido más de seis meses desde que finalizó el anterior periodo de IT debe comprobarse si al resurgir la IT derivada del accidente laboral concurren los requisitos exigidos para lucrar la prestación. En el caso hay que responder afirmativamente porque "en la fecha de inicio del nuevo periodo de incapacidad temporal el demandante se encontraba en situación asimilada al alta y tiene derecho al subsidio por incapacidad temporal".

## **3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.**

**A)** Disconforme con la solución alcanzada por la Sala de suplicación, la Mutua se alza en casación para unificación de doctrina. Plantea como cuestión si un trabajador que ha estado en situación de IT derivada de accidente laboral, transcurridos más de seis meses desde que fue dado de alta médica, tiene derecho nuevamente a la prestación correspondiente cuando inicia nuevo periodo y está cobrando el subsidio de desempleo.

Su escrito, fechado el 15 de julio de 2020, invoca las previsiones de la OM de 13 octubre 1967 (art. 4.1) y el RD 84/1996 de 26 enero (art. 36), así como la STS 12 septiembre 2003 (rcud. 4398/2002), además de diversa doctrina judicial.

**B)** Con fecha 15 de diciembre de 2021 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social presenta escrito de alegaciones al recurso, considerando concurrente la contradicción y errónea la doctrina de la sentencia recurrida.

Expone la necesidad de diferenciar los supuestos de recaída (menos de seis meses desde el anterior proceso) y de recidiva (más de seis), siendo necesario que en el segundo caso concurran nuevamente los requisitos para acceder a la prestación. Concluye que la STS 13 septiembre 2013 aboca a la conclusión de que no existe alta o SAA.

**C)** A través de su escrito de 8 de diciembre de 2021 el Abogado y representante del trabajador impugna el recurso. Cuestiona la contradicción porque aquí se está en litigio sobre determinación de contingencia y en la referencial sobre debate acerca del derecho a percibir subsidio por IT.

Respecto del tema de fondo, razona sobre la necesidad de que haya actividad laboral en los períodos intermedios y la necesidad de considerar las dos etapas de IT como un único periodo, estando protegida la recaída tal y como requiere la Constitución española y la Carta Social Europea.

**D)** Con fecha 27 de enero de 2022 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Considera cumplido el presupuesto del artículo 219.1 LRJS (sentencias contradictorias) y procedente el recurso, a fin de resolverlo con arreglo a la doctrina de la Sala Cuarta en sus SSTS 13 septiembre 2003, 17 noviembre 2021 (rcud. 3226/2018) y 2 febrero 2018 (rcud. 679/2016).

#### **4. Normas aplicables.**

La cuestión que se discute gira en torno al alcance que poseen las previsiones de diversos preceptos. Para una mejor comprensión de nuestro razonamiento interesa adelantar el examen de su contenido.

##### **A) La OM de 13 octubre 1967.**

Mediante Orden de 13 de octubre de 1967 (varias veces modificada) se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social. Conforme a su artículo 4.1:

*"La situación de desempleo involuntario total y subsidiado se considerará asimilada a la de alta, a efectos de incapacidad laboral transitoria, cualquiera que sea la contingencia causante de la misma".*

Su artículo 9.1.II prescribe que:

*"Si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viere interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad".*

**B) El RD 84/1996.**

El Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (aprobado mediante RD 84/1996, de 26 de enero), en su artículo 36.1 enumera las situaciones asimiladas al alta y, precisamente, la primera va referida a "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". Ahora bien, el número 2 del citado artículo advierte lo siguiente:

Las situaciones a que se refiere el apartado anterior son asimiladas a la de alta respecto de las contingencias, en las condiciones y con los efectos que para cada una de ellas se establecen en este Reglamento y en las demás normas reguladoras de las mismas.

**C) La LGSS.**

El artículo 165 LGSS ("Condiciones del derecho a las prestaciones"), al igual que el precedente art. 124 LGSS establece un requisito general para acceder a las prestaciones del Régimen General:

1. Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.

El artículo 166 enumera las situaciones asimiladas al alta y prescribe en su apartado 1 que "A los efectos indicados en el artículo 165.1, la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta".

Respecto de la IT, en la redacción aplicable por razones cronológicas, el artículo 169.2 LGSS prescribe que, a efectos del período máximo de duración se computarán los períodos de recaída, considerando como tal en un mismo proceso "cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior".

Por otro lado, el artículo 283 LGSS ("Prestación por desempleo e incapacidad temporal") contiene una detallada regulación para cuando el trabajador se encuentre en situación de IT y durante la misma se extinga su contrato. Asimismo, en su número 2 aborda el supuesto inverso, esto es, "Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de

desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo"; también aborda el caso de que "el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo".

## **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por la impugnación al recurso del trabajador. Eso redobla la necesidad de que debamos examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

### **1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.**

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".

### **2. Sentencia referencial.**

A efectos comparativos, el recurso ha identificado la STSJ Madrid (Sección 2<sup>a</sup>) de 6 de julio de 2016 (rec. 450/2016) que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la demandante contra la sentencia de instancia que se confirma íntegramente. Surge el litigio porque la Mutua (Fremap) deniega el pago de subsidio porque habían transcurrido más de seis meses desde el fin del anterior y la demandante era perceptora de subsidio por desempleo. Tras intervención quirúrgica mientras percibía el subsidio se le expide parte de baja médica.

La sentencia entiende que quiebra la exigencia del artículo 124.1 LGSS porque percibir subsidio por desempleo no es una situación de alta ni SAA. Invoca al efecto la doctrina STS 12 septiembre 2003 (rcud. 4398/2002) que estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la Entidad Gestora demandada contra sentencia dictada en autos sobre IT. Por tanto, la SAA se limita al desempleo protegido a través de la prestación contributiva, sin incluir el subsidio asistencial, con lo que se excluye también el paro involuntario que ni siquiera tiene la condición de protegido.

### **3. Concurrencia de contradicción.**

Tal y como sostiene el Ministerio Fiscal, la contradicción entre las resoluciones opuestas resulta evidente. Se trata perceptores de subsidio de desempleo que tienen idéntica pretensión, que se les considere en situación asimilada al alta, resolviendo las sentencias con fundamento en preceptos con idéntica redacción, si bien contenidos en normas temporalmente distintas, ofreciendo soluciones dispares.

En ambos casos hay una persona que sufre accidente laboral (incluso del mismo tipo, afectando a las extremidades inferiores) y, más de seis meses después de haber recibido el alta del anterior proceso por IT surge uno nuevo, debido a la misma causa que el anterior.

En los dos supuestos se discute si concurren los requisitos para que surja la protección propia del accidente laboral y la situación de alta o asimilada.

La sentencia referencial, con cita de doctrina de esta Sala Cuarta, entiende que la respuesta es negativa. La recurrida, con interpretación flexibilizadora de la previsión legal sobre la situación de desempleo, accede a una respuesta positiva.

No quiebra esa similitud por las observaciones hechas en el escrito de impugnación acerca de la dispar discusión pues la propia Mutua acabó aceptando el carácter laboral de la contingencia y el debate de suplicación ha sido del todo similar.

### **TERCERO.- Doctrina pertinente.**

La sentencia referencial, la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal han basado sus respectivas soluciones en la doctrina acuñada por esta Sala Cuarta acerca de la SAA a efectos del subsidio por IT cuando el final del anterior dista más de seis meses. Se hace imprescindible, por tanto, repasar los hitos más significativos de la evolución doctrinal que ese concepto ha experimentado.

La regulación sobre Protección por Desempleo (Ley 31/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2011) inicialmente; LGSS con posterioridad) contempla dos niveles distintos de protección de la contingencia de desempleo: la prestación y el subsidio. El problema surge porque, al ordenar la interacción entre IT y desempleo, el legislador ignora el supuesto en el que esa contingencia es interrecurrente con la percepción del subsidio asistencial por desempleo, mientras que no sucede así cuando se trata de la prestación contributiva, en la que se admite el pase a la situación de Incapacidad desde la percepción de la prestación contributiva.

#### **1. La STS 26 julio 1993 (rcud. 2012/1993) y posteriores.**

La STS 26 julio 1993 (rcud. 2012/1993) viene a sostener que la situación de desempleo en el nivel asistencial no puede entenderse como asimilada al alta a los efectos de lucrar las prestaciones económicas por incapacidad temporal (entonces ILT e invalidez provisional). Veamos sus argumentos.

**A)** La 31/1984 de 2 agosto, de Protección por Desempleo, admite el tránsito a la ILT desde la percepción de la prestación contributiva (art. 19.2), pero no extiende esa posibilidad al supuesto en que se percibe el subsidio, siendo diversa la naturaleza de una y otra protección:

Esa distinta naturaleza tiene incidencia en el régimen jurídico de uno y otro nivel, que se manifiesta no sólo en un muy distinto sistema de protección económica, sino también en otros aspectos como en el de la cotización a la Seguridad Social, y también, según se ha señalado, en la de concurrencia la situación de ILT con desempleo a que nos venimos refiriendo.

**B)** El acceso a la protección asistencial (originario o sobrevenido) no impide que despliegue sus efectos la asistencia sanitaria correspondiente al estado de salud de la persona beneficiaria, pero sí descarta que pueda pasar a cobrar el subsidio por IT:

Desde el momento en que se inicia la percepción del subsidio, haya sido precedido o no de la prestación contributiva, no cabe acceder en plenitud a la de ILT, por lo que quien pase a encontrarse en dicha situación continuará en la percepción del subsidio de desempleo, en tanto no agote el período en el que le corresponda, más una vez agotado éste se encuentra en la situación que ya preveía el artículo 16 de la referida Ley, de conservar el derecho a la asistencia sanitaria. Ha querido así el legislador que la ILT, no se considere en la situación de subsidiado por desempleo, como un medio de continuar en la percepción de un subsidio, sino equiparable, a la del que habiendo agotado ya el subsidio, se le presenta ulteriormente, continuando desempleado, una situación de ILT.

**C)** La percepción del subsidio por desempleo puede considerarse SAA en orden a diversas prestaciones de Seguridad Social pero no para el subsidio de IT:

Lo que significa por consiguiente el artículo 19 nº 2 mencionado en la anterior interpretación, puesto en relación con el artículo 95 de la Ley General de la Seguridad Social y con el artículo 4 de la Orden de 13 de febrero de 1967, es que la situación de desempleo del nivel asistencial no puede entenderse asimilada a la de alta a estos específicos efectos de lucrar prestaciones por incapacidad laboral transitoria, aunque tal asimilación al alta debe entenderse producida en dicha situación de desempleo asistencial, por inexistencia de norma específica de exclusión, a efectos de otras prestaciones, como las de jubilación, invalidez permanente y muerte.

En esos mismos términos de pronuncian sentencias posteriores como las de 28 abril 1995 (rcud. 159/1994) y 16 abril 1997 (rcud. 3442/96).

## **2. La STS 18 septiembre 2002 (rcud. 3184/2011) y posteriores.**

La STS 18 septiembre 2002 (rcud. 3184/2011) examina también si la mera situación de demandante de empleo equivale a una SAA para la Incapacidad temporal en virtud de lo dispuesto en el artículo 36-1º del Reglamento de actos de encuadramiento aprobado por el RD 84/1996 de 26 de enero. La sentencia invoca dicho precepto y el número 2 del mismo artículo a tenor del cual, las situaciones a que se refiere el apartado anterior son

asimiladas a la de alta respecto de las contingencias, en las condiciones y con los efectos que para cada una de ellas se establecen en este Reglamento y en las demás normas reguladoras de las mismas. Eso aboca a la toma en cuenta de los más específicos preceptos sobre ILT:

El artículo 4.1º de la Orden Ministerial de 13 de Octubre de 1967 sólo considera situación asimilada al alta el desempleo total y subsidiado y la doctrina de esta Sala, contenida en sus sentencias de 26 de julio de 1993 y 28 de abril de 1995, considera que la situación asimilada se limita al desempleo protegido a través de la prestación contributiva sin incluir el subsidio asistencial, con lo que "a fortiori" se está excluyendo también el paro involuntario que ni siquiera tiene la condición de protegido".

Las SSTS 19 enero 2003 (rcud. 356/2002) y 12 septiembre 2003 (rcud. 4398/2002) abordan de nuevo la cuestión de quienes perciben el subsidio de desempleo pueden causar prestaciones por incapacidad temporal (Incapacidad Laboral Transitoria, en la época) y reproducen, de manera fiel, la argumentación de la precedente de 18 septiembre 2002 (rcud. 3184/2011).

La STS 90/2018 de 2 febrero (rcud. 679/2016) estima el recurso de casación unificadora formalizado por el INSS y la TGSS. Considera que no existe SAA respecto de proceso de IT que se inicia tras la terminación de otro anterior, durante el cual se produjo la extinción del contrato de trabajo.

### **3. La STS 17 abril 2015 (rcud. 1477/2014).**

Como parte de su argumentación, la referencial invoca la doctrina sentada por nuestra STS 17 abril 2015 (rcud. 1477/2014). Atribuye responsabilidad en el abono de la prestación de IT por accidente de trabajo, y de la consecuente asistencia sanitaria, en caso de recidiva o recaída transcurridos más de seis meses desde el alta médica del primer proceso, con cambio de aseguradora, a la segunda entidad, por entender que se trata de un nuevo período de IT. A nuestros efectos interesa resaltar este aspecto:

[...] Pero a su vez y por mandato del artículo 9-1º de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 se trata de un nuevo periodo y sus consecuencias deberán ser establecidas atendiendo a las situaciones de alta y cotización vigentes o preceptivas a lo largo del tiempo transcurrido en el periodo de seis meses que precedió a la baja cuya atribución de responsabilidad es objeto de controversia.

En definitiva, en los supuestos de recidiva o recaída en las lesiones o secuelas causadas por un accidente laboral, transcurridos más de seis meses desde el alta de la IT precedente (normalmente el alta inicial causada por dicho evento), por tratarse de un nuevo período de IT, la responsabilidad prestacional íntegra, igual que sucede respecto a las facultades de control sobre las incidencias que durante el mismo pudieran producirse, recae sobre la aseguradora que cubre el riesgo profesional en el momento en el que se produce esa baja posterior.

#### **4. La STS 1126/2021 de 17 noviembre (rcud. 3226/2018).**

La STS 1126/2021 de 17 noviembre (rcud. 3226/2018) invoca la doctrina sentada por las ya citadas SSTS 19 enero 2003 (rcud. 356/2002) y 90/2018 de 2 febrero) (rcud. 679/2016). Aborda la cuestión de si existe situación de alta o asimilación al alta, o si cabe al menos una interpretación flexibilizadora de tal requisito, cuando el trabajador reclama una prestación de IT derivada de enfermedad común en virtud de una baja cursada en el día siguiente a la declaración de alta médica en IT derivada de accidente de trabajo cuando la relación laboral entre el beneficiario y la empresa se ha extinguido mientras permanecía en la previa situación de IT. Apreciando la contradicción entre la recurrida y la citada STS 90/2018, exponemos allí lo siguiente:

Al contrario de lo que alega el impugnante del recurso no existe desprotección normativa en el presente supuesto que permita aplicar una interpretación flexibilizadora del requisito del alta. En efecto, de una parte, el artículo 283.1 LGSS al regular las prestaciones de desempleo y la Incapacidad temporal, expresamente prevé que cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo; añadiendo, por otra parte, en su apartado segundo que cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de incapacidad temporal que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. Carece, por tanto, de relevancia la alegación del recurrente según la que "el trabajador no podía solicitar ni cobrar las prestaciones de desempleo a las que tenía derecho" por "no poder acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo por estar imposibilitado al estar en situación de Incapacidad temporal".

Resulta evidente que normativamente la situación está regulada y resuelta y que no se produce situación de desprotección alguna que pudiera permitir a la Sala aplicar la flexibilización del requisito del alta que se reclama por el impugnante del recurso con invocación del artículo 41 CE, precepto sobre el que ha dicho el Tribunal Constitucional, tal como recordamos en nuestra STS de 9 de septiembre de 2003, Rcud. 3576/2002, que "convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de

las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento" (SSTC 65/87 y 77/1995, entre otras).

## 5. Recapitulación.

A la vista de cuanto hemos sostenido en casos relacionados con el que ahora abordamos, podemos extraer las consecuencias que han de presidir la solución que acogemos:

- 1<sup>a</sup>)** Cuando desde el fin del alta de la IT y su recidiva transcurren más de seis meses ha de considerarse que estamos ante una nueva etapa o periodo, de modo que han de concurrir todos los requisitos propios de la IT para devengar el subsidio.
- 2<sup>a</sup>)** Tanto bajo la vigencia de la Ley 31/1984 cuanto de las sucesivas versiones de la LGSS, nuestra doctrina viene diferenciando los efectos que, en orden a la existencia de una SAA, derivan de la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio.
- 3<sup>a</sup>)** A efectos del subsidio de IT solo puede considerarse SAA la percepción de la prestación contributiva, sin que quepa la equiparación del subsidio asistencial.
- 4<sup>a</sup>)** Como corolario, cabe afirmar que a partir del momento en que se inicia la percepción del subsidio asistencial resulta imposible pretender el acceso a la situación de IT con la finalidad de percibir las prestaciones económicas inherentes a ella.

## CUARTO.- Resolución.

### 1. Estimación del recurso.

**A)** El recordatorio que acabamos de realizar respecto de nuestra doctrina arroja una doble conclusión que resulta esencial: si han transcurrido más de seis meses desde el alta del anterior proceso de IT, su recidiva solo reabre la protección en caso de cumplirse todos los requisitos exigidos para que nazca el derecho, incluyendo la existencia de alta o situación asimilada al alta. Se trata de un punto de partida compartido por las sentencias opuestas y basado tanto en el tenor del art. 169.2 LGSS cuanto en el desarrollo reglamentario.

**B)** La LGSS exige que concurra el requisito de alta por SAA para acceder a la acción protectora en ella regulada (art. 165.1) e identifica como SAA la de quien está percibiendo "prestación" por desempleo (art. 166.1). De conformidad con esa regla y con nuestra doctrina, eso implica que no cabe identificar como SAA la de quien viene percibiendo el subsidio o prestación asistencial. En el ámbito de la tutela frente al desempleo nuestro ordenamiento distingue claramente entre la "prestación por desempleo total o parcial" del nivel contributivo (art. 265.1.a.1º LGSS) y el "subsidio por desempleo" del nivel asistencial (art. 265.1.b.1º LGSS).

Por tanto, la eventual duda sobre el alcance de las referencias contenidas en la OM de 13 de enero de 1967 ("desempleo involuntario total y subsidiado") y el RD 84/1996 ("situación legal de desempleo, total y subsidiado") han de disiparse en el sentido expuesto tanto por razones de jerarquía y modernidad normativa cuanto de carácter sistemático, como hemos recordado en el Fundamento anterior.

**C)** De este modo, quien se encuentra percibiendo el subsidio asistencial por desempleo no se encuentra en SAA a los efectos del devengo del subsidio por IT, sin perjuicio de que ese tiempo sea cotizado respecto de determinadas situaciones de necesidad. Es verdad que la OM de 1967 no realiza distinción alguna, pero ello obedece al modo en que se protegía el desempleo en el momento de su promulgación, habiendo sido nuestra doctrina la que acomodó la literalidad del precepto reglamentario a las previsiones posteriores de la Ley 31/1984 y de la LGSS. Ya con posterioridad, el propio tenor de la Ley despeja las dudas.

**D)** Tampoco es pensable que las invocaciones al texto constitucional o los Tratados Internacionales reclamando una especial protección por desempleo puedan alterar la anterior conclusión., Primero, porque, precisamente, el resultado a que se llega acaba haciendo primar el subsidio de tal índole sobre el de la IT; segundo, porque, como acabamos de recordar, con carácter general compete al legislador determinar el modo y alcance de la protección a situaciones de necesidad ( SSTC 65/87 y 77/1995, entre otras); tercero, porque la LGSS ha ordenado el tránsito entre la IT y la percepción de la prestación (contributiva) por desempleo pero ha obviado hacer lo propio con el subsidio (asistencial), dando a entender de ese modo que no cabe alterar su abono (al margen de que se dispense la asistencia sanitaria) como consecuencia de los procesos de IT que puedan surgir.

## **2. Unificación doctrinal.**

Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada (arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Y, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del Derecho, ello nos aboca a considerar errónea la contenida en la sentencia recurrida.

De acuerdo con cuanto hemos expuesto, debemos concluir que, a los efectos de devengar la protección por una recidiva de incapacidad temporal (surgida más de seis meses después de finalizar el anterior periodo) no es posible considerar como situación asimilada al alta la de quien está percibiendo el subsidio (asistencial) por desempleo.

La claridad del texto de la LGSS, su interpretación sistemática y la reiterada doctrina de esta Sala abocan a tal conclusión, como pone de relieve el Informe del Ministerio Fiscal.

## **3. Estimación del recurso.**

**A)** Las razones y argumentos que acabamos de exponer abocan a la estimación del recurso formalizado por la Mutua. Conforme al artículo 228.2 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 pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada".

**B)** En este caso, la anulación de la sentencia ahora recurrida comporta que debamos estimar el recurso de suplicación interpuesto en su día por la entidad colaboradora de la

Seguridad Social, pues concurren las infracciones denunciadas por su recurso. De este modo, quedará revocada la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y desestimada la demanda presentada por el actor.

**C)** También prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

La sentencia ahora casada impuso a la Mutua las costas generadas por su fracasado recurso de suplicación, por lo que su casación comporta que queden sin efecto, mientras que ninguna medida hemos de adoptar al respecto como consecuencia del recurso que ahora resolvemos (art. 235.1 LRJS). Sí es necesario que acordemos la devolución a la Mutua de los depósitos constituidos para recurrir (art. 229.3 LRJS).

## F A L L O

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 Ibermutuamur (actual Ibermutua).
2. Casar y anular la sentencia nº 528/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 11 de mayo.
3. Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal índole (nº 435/2019) interpuesto por la citada Mutua colaboradora con la Seguridad Social.
4. Revocar la sentencia nº 347/2018 de 28 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Murcia, en los autos nº 586/2017, seguidos a instancia de D. XXXX, contra dicha recurrente, la empresa XXXX, INSS, TGSS y el Servicio Murciano de Salud, sobre Seguridad Social, c desestimación de la demanda y absolución de las entidades frente a las que se dirige.
5. Ordenar la devolución de los depósitos constituidos por Ibermutua para formalizar los recursos que ahora resolvemos.
6. No adoptar decisión especial en materia de costas procesales como consecuencia de este recurso, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia, quedando sin efecto las impuestas en suplicación.

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

Así se acuerda y firma.