

Mejora voluntaria. Complemento de incapacidad temporal establecido en convenio colectivo. Retribuciones fijas y periódicas. Guardias médicas. Prescripción y efectos económicos.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Murcia, que casa y anula y resuelve, declarando no prescrito su derecho.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 201/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Magdalena Hernández-Gil Mancha

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 680/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

D.^a Ana María Orellana Cano

D. Félix V. Azón Vilas

En Madrid, a 2 de julio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ana representada y asistida por el letrado D. Mariano Leal Hernández, contra la sentencia 510/2023 dictada el 16 de mayo de 2023 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso de suplicación núm. 124/2022, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia, de fecha 5 de noviembre de 2021, autos núm. 514/21, que resolvió la demanda sobre incapacidad laboral interpuesta por Ana, frente al Servicio Murciano de Salud Comunidad Autónoma de Murcia.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Servicio Murciano de Salud Comunidad Autónoma de Murcia representada por el letrado de la Comunidad Autónoma de Murcia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de noviembre de 2021 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- En fecha de 22 de marzo de 2021 por D.^a Ana se presentó ante el SMS oportuna reclamación sobre "mejora de prestaciones por guardias durante incapacidad laboral" (sic).

La citada reclamación es del siguiente tenor:

"1º.- Que presto mis servicios en el Hospital Comarcal del Noroeste (Murcia), Área IV, como Médico Interno Residente, especialidad Medicina Familiar y Comunitaria.

2º.- Que venía realizando guardias de presencia física de forma habitual, siendo las guardias realizadas en los tres meses anteriores al inicio de la incapacidad temporal las siguientes:

3º.- Que inicié proceso de incapacidad temporal el 2/01/2019, siendo alta médica el 30/12/2019.

4º.- Como consecuencia de la referida situación no he percibido por el SMS la mejora de las prestaciones correspondientes por el promedio de guardias.

5º.- El Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia establece sobre mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social lo siguiente:

"Disposición adicional segunda. Mejora voluntaria sobre la acción protectora de la Seguridad Social.

El personal funcionario y estatutario al servicio de la Función Pública Regional que se halle en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la situación determinante de la misma, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, acogimiento previo, paternidad, riesgo durante la lactancia natural, con independencia de cuál sea su régimen público de Seguridad Social, tendrá derecho a percibir desde el primer día y hasta su extinción por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de que se trate, un complemento salarial que sumado a las prestaciones económicas a las que tenga derecho conforme a la normativa de Seguridad Social le permita alcanzar el cien por cien de los conceptos

retributivos que devengue mensualmente con carácter fijo, que el personal hubiera percibido el mes de inicio de la situación correspondiente.

Cuando las situaciones contempladas en este apartado se hayan iniciado antes de la entrada en vigor de esta ley, el personal tendrá derecho al reconocimiento del complemento hasta el cien por cien de las retribuciones a partir de la fecha en que entre en vigor la ley."

Que el TS y AN han establecido que la remuneración de las guardias es "retribución ordinaria fija, aunque puede ser de cuantía variable", reconociendo el derecho a su percibo como mejora de prestaciones de seguridad social.

En el presente caso, el "promedio atención continuada liberado" mantiene una cuantía fija con periodicidad mensual.

6º.- Teniendo en cuenta el promedio de guardias mencionado en el hecho segundo y el período de incapacidad temporal, me corresponde percibir la mejora de retribución correspondiente a:

7º.- Además, el importe de la prestación en pago delegado no solo se ha abonado mal, en cuantía inferior a la correspondiente teniendo en cuenta la cuantía de base reguladora que se detalla en las nóminas, sino que la base reguladora también se ha calculado mal, pues teniendo en cuenta la base reguladora aplicable del mes anterior al inicio de la incapacidad temporal, que sería la del mes de diciembre de 2018, asciende a la cantidad de 2.603,06€ y la prestación mensual en pago delegado a partir del vigésimo primer día sería de 1.952,30€, muy superior a la percibida de 1.271,25€.

8º.- Procede, que se me abone el importe correspondiente al promedio de guardias antes mencionado, como mejora de prestaciones de incapacidad temporal, así como las diferencias de prestación en pago delegado teniendo en cuenta la cuantía de la misma sobre la base reguladora del mes anterior al hecho causante.

(reclamación obrante al documento 5 del expediente, y transcrita en el cuerpo de la demanda).

SEGUNDO.- *Por la Gerencia del SMS, se dictó resolución de 8 de JUNIO de 2021, resolviendo estimar parcialmente la reclamación, "reconociendo el derecho de la interesada a que le sea abonada la cantidad de 1.323,19 euros en concepto de diferencias referidas a la prestación económica de incapacidad temporal durante el periodo comprendido entre el 2 de enero y 30 de diciembre de 2019, más la cantidad de 10,98 euros*

en concepto de intereses legales", y "desestimar la solicitud de la interesada de que le sea abonado el promedio de las guardias durante ese mismo periodo"

(resolución acompañada con la demanda y documento 7 del expediente)

TERCERO.- *Durante la situación de IT la actora percibió un total de 18.881.95 euros, y le fue reconocido a su favor una diferencia de 1323.19 euros*

(documento 6 del expediente administrativo y resolución impugnada y documento 1 aportado al ramo de prueba de la demandada)

CUARTO.- *La base de cotización del mes de diciembre de la actora fue por importe de 2142,02 euros, comprendiendo 1450,46 euros por sueldo, complemento de grado de formación y paga extra, más 691,56 euros por atención continuada (guardias).*

(documento 1 y 2 -hoja de haberes-al ramo de prueba de la parte demandada).»

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Se desestima la demanda de vulneración de derechos fundamentales articulada por la actora Da. Ana, contra el SERVICIO MURCIANO SALUD, con intervención del Ministerio Fiscal, absolviendo al SMS de dicha pretensión.

Y Con estimación de la excepción de prescripción respecto de las cantidades reclamadas, debo absolver y absuelvo al Servicio Murciano de Salud de la pretensión deducida en contra.»

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Ana ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, la cual dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 2023, en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D^a Ana, contra la sentencia número 336/2021 del Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, de fecha 5 de noviembre de 2021, dictada en proceso número 514/2021; confirmándose la sentencia recurrida.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.»

TERCERO.- Por la representación de Ana se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 2 de marzo de 2006 Rec. nº 1899/2005 en el que se alegan los siguientes motivos:

PRIMERO.- Infracción legal de la sentencia recurrida y quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de jurisprudencia.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado de este a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por el letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en representación de la Consejería de Salud (Servicio Murciano de Salud) se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se 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 2 de julio de 2025, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar si las mejoras voluntarias de prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por embarazo están sujetas al plazo de prescripción de un año previsto en el art. 59 ET y 54 LGSS o el de cinco años establecido en el art. 53 LGSS.

2.- Por la actora se planteó demanda contra el Servicio Murciano de Salud (SMS) en la que reclamaba lo que llamó "mejora de prestaciones por guardias durante incapacidad laboral" y acumuladamente una reclamación por tutela de derechos fundamentales. La actora se encontraba prestando servicios como MIR, y venía realizando guardias de presencia física de forma habitual y

durante los tres meses anteriores a su baja por Incapacidad Temporal (IT), situación en la que cayó por causa de su embarazo y que se extendió entre el 2/01/2019 y el 30/12/2019, fecha en que fue dada de alta. La prestación de IT que percibió no incluyó el importe del promedio de guardias, siendo que los trabajadores del SMS tienen reconocido un complemento de mejora de la IT hasta el 100% de los conceptos retributivos que devengue mensualmente con carácter fijo. Su demanda, en la que reclamaba la suma de 26.701,10 euros por tales diferencias (incluyendo en esa cifra una indemnización por lesión del derecho fundamental a la no discriminación por su embarazo, de 6.251 euros), fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia, rechazando la acción de vulneración de derechos fundamentales y respecto de la cuestión de legalidad ordinaria, no entró al fondo al estimar la excepción de prescripción.

3.- Recurrida en suplicación dicha sentencia por la actora, ciñéndose en exclusiva al aspecto de las guardias de presencia no incluidas en la mejora de Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dictó sentencia de fecha 16 de mayo de 2023 (R. suplic. 124/2022) por la que se desestimó su recurso, manteniendo la prescripción de la acción ejercitada por la actora y declarada en la instancia, por los mismos fundamentos.

4.- Se recurre de nuevo por la actora en casación para unificación de doctrina, articulando un único motivo por infracción de los art 59 ET y 43 LGSS, invocando como sentencia de contraste la del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de marzo de 2006 (rec. 1899/2005).

5.- El recurso ha sido impugnado por el letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en nombre y representación de la Consejería de Salud-Servicio Murciano de Salud, advirtiendo que en su opinión no se da el requisito de la contradicción entre sentencias, y en cuanto al fondo, afirmando la prescripción de la acción.

6.- El Ministerio Fiscal (MF) ha informado la procedencia del recurso e interesado la estimación de este.

SEGUNDO.-

1.- Antes de proceder al análisis del fondo del recurso es preciso comprobar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, pues esa contraposición de pronunciamientos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se configura como la llave para abrir el análisis propio de la unificación doctrinal.

Como es sabido, 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. La contradicción entre sentencias se erige así en un presupuesto clave para la admisión del recurso y para que se habilite el acceso al fondo del asunto. 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 muchas, de 15 de diciembre de 2021, R. 3903/2020; 18 de enero de 2022, R. 4046/2019 y R. 4532/2019; 22 de febrero de 2022, R. 4864/2018; 16 de marzo de 2022, R. 2618/2019; 20 de abril de 2022, R. 3541/2020 y 26 de abril de 2022, R. 2890/2020).

Además, recuérdese 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 (así, vgr. las sentencias de 1 de diciembre de 2021, R. 3569/2019; 15 de marzo de 2022, R. 1169/2019; 19 de abril de 2022, R. 259/2019 y 26 de abril de 2022, R. 1274/2020). Esta norma y la jurisprudencia perfilan la necesidad de que converja una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contrastadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada (entre otras muchas, SSTS 22/2022 de 12 de enero, R. 5079/2018; 47/2022 de 19 de enero -R. 2620/2019; 20 de enero de 2022, R. 4392/2018; 13 de enero de 2022, R. 39/2019 y 4 de abril de 2022, R. 355/2019).

2.- La sentencia invocada de contraste (TSJ de Castilla y León -Valladolid- de 2 de marzo de 2006 -rec. 1899/2005) aborda un supuesto en que el trabajador prestó servicios para su empresa desde septiembre de 1998 hasta junio de 2003, momento en que fue declarado en situación de invalidez permanente total. Desde enero de 2002, el trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal por enfermedad común, durante la cual percibió diversas cantidades, y reclamó una cantidad adicional en concepto de mejora voluntaria de IT basándose en el Convenio Colectivo de la empresa que le garantiza el 100% de su salario durante el periodo de incapacidad temporal. La sentencia de instancia estimó la demanda, por lo que la empresa recurrió en suplicación argumentando que la

reclamación estaba sujeta al plazo de prescripción de un año del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art 43 de la LGSS y que solo se podían reclamar cantidades desde septiembre de 2003 en adelante. El tribunal desestimó este argumento, indicando que la paga extra de diciembre no se reclamaba como salario, sino como mejora de la prestación por incapacidad temporal a la que no le aplica el plazo de prescripción del artículo 59 del ET sino el de cinco años según la Ley General de la Seguridad Social.

3.- No cabe duda de que los casos comparados son contradictorios en los términos exigidos por el art 219 de la LRJS. En ambos casos se discute si las mejoras voluntarias por IT previstas en convenio colectivo o norma autonómica están sujetas a un plazo de prescripción de un año del art. 59 ET (o de caducidad de un año del art 54 LGSS) o de 5 años previsto en el art. 53 LGSS, y resuelven de modo contrario.

Siendo ello así, procede entrar a conocer el fondo del recurso planteado.

TERCERO.-

1.- La sentencia recurrida desestimó la suplicación interpuesta por la actora y el núcleo decisorio fue la excepción de prescripción: el TSJ consideró que lo reclamado no era el reconocimiento de una mejora voluntaria de la Seguridad Social -a la que habría que aplicar el plazo de cinco años del art. 53.1 LGSS-, sino simples diferencias retributivas derivadas de no haber incluido las guardias en la base de cotización, es decir, conceptos salariales ordinarios. Al ser cantidades que se devengan mes a mes, consideró que rige el plazo anual del art. 59.1 ET, reforzado por el art. 53.2 LGSS para prestaciones periódicas, subrayando que la regla quinquenal solo opera cuando se solicita inicialmente el derecho a la prestación, no cuando ya se percibe y sólo se cuestiona su cuantía. Como la demandante formuló la reclamación administrativa el 22-3-2021 respecto de importes generados entre el 2-1-2019 y el 30-12-2019, el plazo de un año estaba -según la sala de suplicación- "sobradamente superado".

2.- Es preciso destacar que el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia -en su redacción vigente hasta el 25 de junio de 2021- sobre mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social, establecía lo siguiente:

«Disposición adicional segunda. Mejora voluntaria sobre la acción protectora de la Seguridad Social. El personal funcionario y estatutario al servicio de la Función Pública Regional que se halle en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la situación determinante de la misma, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, acogimiento previo, paternidad, riesgo durante la lactancia natural, con independencia de cuál sea su régimen público de Seguridad Social, tendrá derecho a percibir desde el primer día y hasta su extinción por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de que se trate, un complemento salarial que sumado a las prestaciones económicas a las que tenga derecho conforme a la normativa de Seguridad Social le permita alcanzar el cien por cien de los conceptos retributivos que devengue mensualmente con carácter fijo, que el personal hubiera percibido el mes de inicio de la situación correspondiente. Cuando las situaciones contempladas en este apartado se hayan iniciado antes de la entrada en vigor de esta ley, el personal tendrá derecho al reconocimiento del complemento hasta el cien por cien de las retribuciones a partir de la fecha en que entre en vigor la ley.»

Así pues, la recurrente, como personal sanitario del SMS (médico MIR) tenía derecho a que en la prestación de IT se le complementase hasta el 100% con inclusión de los conceptos retributivos que devengue mensualmente con carácter fijo.

3.- La reclamación que formuló la actora desde el inicio de este pleito consistió en el abono de diferencias en la prestación de IT, por no incluir esos conceptos relativos a las guardias de presencia física y que con habitualidad venía realizando. Estamos ante una reclamación en materia de mejoras voluntarias de Seguridad Social, y ello es sin duda una reclamación de las calificables como de Seguridad Social, no una mera reclamación de diferencias salariales.

Recordemos ahora lo que establece el art 53. 1 de la LGSS:

«Artículo 53. Prescripción.

1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55.»

Por su parte el art. 54 de la LGSS señala:

«Artículo 54. Caducidad.

1. El derecho al percibo de las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez caducará al año, a contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma al interesado su reconocimiento.
2. Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento»

CUARTO.-

1.- La cuestión debatida, como recuerda la STS 99/2025 de 5 de febrero (rcud 4445/2022) - precisamente en un caso semejante donde también se solicitaba la inclusión de las guardias médicas en la mejora convencional del complemento por IT por riesgo en el embarazo- ya ha sido resuelta por varias sentencias precedentes [entre otras, SSTs 182/2024, de 29 de enero, (rcud. 3467/2021); 358/2024, de 23 de febrero (rcud. 487/2022); 673/2024, de 8 de mayo (rcud. 374/2022) y 961/2024, de 27 de junio (rcud. 3144/2021)], a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de igualdad y seguridad jurídica, y porque no concurre razón alguna que aconseje adoptar una solución diferente.

En todas ellas, al distinguir entre el entonces artículo 43 de la LGSS y artículo 44 de la misma ley (actuales artículos 53 y 54 de la LGSS) se estableció que «Para el estudio de esta infracción hay que tener en cuenta que en la LGSS se regulan dos instituciones en orden a la extinción de los derechos de Seguridad Social: la prescripción, a la que se refiere el art. 43 LGSS, y la caducidad, regulada en el art. 44. En nuestro ordenamiento la distinción entre prescripción y caducidad suele vincularse a algunas de sus características en orden a su curso (exclusión de la interrupción en la caducidad) y a su apreciación (a instancia de parte la prescripción y también de oficio la caducidad). Pero la

diferencia fundamental se relaciona con el interés jurídicamente protegido en cada una de estas instituciones y así se afirma que mientras en la prescripción predomina el interés individual del sujeto pasivo en oponerse a un ejercicio tardío del derecho, en la caducidad está presente el interés general en la rápida certidumbre de determinadas situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva, la distinción de los arts. 43 y 44 LGSS resulta problemática, hasta el punto de que se ha cuestionado que realmente estemos en el caso del art. 44 ante una auténtica caducidad, porque en el supuesto que regula este artículo no está afectada la certidumbre de una situación jurídica. En efecto, estamos realmente ante un derecho de Seguridad Social reconocido y que va a seguir estándolo, aunque transcurra el plazo establecido por la norma para su caducidad, con lo que el empleo de este término por la ley más que un sentido técnico jurídico tiene una finalidad indicativa más próxima al lenguaje ordinario que identifica la caducidad con la pérdida. De lo que se trata no es, por tanto, de un derecho potestativo que caduca por su no ejercicio, sino de un pago vencido que se pierde por no haberse cobrado oportunamente, lo que es algo muy distinto. Así el art. 44 se refiere al derecho al percibo de una cantidad a tanto alzado (número 1) o de una mensualidad (número 2), es decir, que, pese a la inseguridad de la terminología ("derecho al percibo"), se pierden cantidades y no derechos, aunque por la naturaleza de la cantidad perdida en el número 1, el derecho quede vacío de contenido. Pero lo verdaderamente interesante es diferenciar el supuesto del art. 44 -pérdida del derecho al percibo- del supuesto del art. 43 -pérdida del derecho a la prestación-. La diferencia está clara y hay que interrogarse sobre la finalidad perseguida en cada una de las normas que, a su vez, han de relacionarse con la finalidad de protección social que es propia de nuestro sistema de Seguridad Social. Es obvio que para la Seguridad Social no tiene la misma importancia la pérdida de un pago que la pérdida de un derecho y no la tiene porque mientras que la pérdida de un derecho compromete de forma irreparable la finalidad última del sistema, que es la protección de una situación de necesidad en la pérdida de un pago esta finalidad no está comprometida pues subsiste el derecho a las mensualidades no caducadas y, además, se parte de que esa situación de necesidad no sería tan apremiante si, teniendo el derecho reconocido, el beneficiario no ha reclamado su abono. Esta distinción es básica para afrontar el tema debatido, pues para que juegue el supuesto del artículo 44 LGSS es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social -prescripción de cinco años- y no en el supuesto del artículo 44 -plazo de un año-.»

2.- Así pues, en el caso que nos ocupa la trabajadora discutía la inclusión de determinados conceptos en su complemento de prestación de IT que tiene legalmente atribuido, y, por ende, no se está ante una falta de pago de un derecho ya reconocido, sino ante la falta de reconocimiento de una parte de su derecho, en tanto solo fue reconocida una porción de él al excluir de ese complemento por IT una parte (retribución por guardias de presencia) que la actora consideraba debía incluirse. Ha de aplicarse por ello el art. 53 LGSS, y la consecuencia es que cuando la actora reclamó la inclusión de la retribución de las guardias en ese complemento por IT (con fecha 22 de marzo de 2021) en relación con el periodo de IT (2 de enero de 2019 a 30 de diciembre de 2019) el derecho de la actora no estaba prescrito.

Todo lo expuesto en la jurisprudencia reseñada resulta trasladable, igualmente, al actual litigio en el que se discute una mejora voluntaria de prestación de incapacidad temporal por embarazo al haber sido abonada por la empresa sin incluir el concepto de guardias médicas. Recordemos que es una diferencia en el importe de la prestación que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, de modo que es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del art. 53 de la LGSS, lo que determina que la acción de reclamación de esa parte del derecho no estaba prescrita cuando la actora interpuso la papeleta de conciliación.

Ello conduce a la estimación del recurso formulado por la actora. Como quiera que tanto la de instancia como la sentencia de suplicación apreciaron la prescripción y no entraron al fondo del asunto, procede -de conformidad con lo interesado por la recurrente y por el Ministerio Fiscal- la nulidad de las sentencias de instancia y de suplicación, y la devolución de lo actuado para que, con plena libertad de criterio y tomando en consideración la jurisprudencia de esta Sala ya mencionada - que además de declarar la no prescripción del derecho, también analiza los efectos económicos retroactivos de la petición limitados a tres meses- se dicte nueva sentencia sobre el fondo del asunto. Sin pronunciamiento sobre las costas (art. 235 LRJS).

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 unificación de doctrina interpuesto por D. Mariano Leal Hernández en nombre y representación de D^a Ana.**
- 2. Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 16 de mayo de 2023 (R. suplic. 124/2022) recaída en procedimiento de reclamación de cantidad y tutela de derechos fundamentales.**
- 3. Resolver el debate de suplicación estimando el recurso de la actora, declarando no prescrito su derecho, y anulando la sentencia de instancia para que con libertad de criterio aborde el fondo de la cuestión planteada por la actora en su demanda.**

Sin condena al pago de las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.