

RECURSO N°: 471/12  
N.I.G. 01.02.4-11/002558

SENTENCIA N°:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 13 DE MARZO DE 2012.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por  
contra la sentencia del Juzgado de lo  
Social num. 4 de los de GASTEIZ-VITORIA de fecha veintinueve  
de Noviembre de dos mil once, dictada en proceso sobre  
CANTIDAD (CNT), y entablado por  
frente a

Y

Es Ponente el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a D./ña.  
MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la  
Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se  
inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de  
hechos probados es la siguiente:

"Primero.- Que el actor D.  
, viene prestando sus servicios por cuenta y orden  
de la empresa con  
antigüedad desde el 2 de febrero de 1987, ostentando la  
categoría profesional de especialista de mantenimiento y  
percibiendo un salario bruto mensual de 3.166,20 euros, con  
inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Que en la relación laboral entre las partes es de  
aplicación el Convenio Colectivo de empresa.

Segundo.- Que con fecha 29 de mayo de 2009 el actor

sufrió un accidente no laboral, iniciando la situación de IT el 30 de mayo de 2009. Que tras el agotamiento de 12 meses, con fecha 24 de junio de 2010 se dictó resolución por la Dirección Provincial del INSS de Alava por la que se establecía que, una vez agotada con fecha 29 de mayo de 2010 la duración máxima de doce meses de la IT, procede declarar la extinción de la prestación de IT e iniciar un expediente de incapacidad permanente.

Tercero.- Que con fecha 15 de julio de 2010 se dictó resolución de la Dirección Provincial del INSS de Alava por la que se declara al actor afecto de IP Total para su profesión habitual, con efectos desde el 13 de julio de 2010.

Cuarto.- Que en trámite de revisión de oficio, se dictó resolución de fecha 7 de abril de 2011, y se emitió propuesta por el EVI con fecha 4 de mayo de 2011, en la que se deja sin efecto la propuesta anterior de fecha 23 de junio de 2010, anulando el inicio de expediente IP Total y reconociendo la prórroga de la IT hasta el agotamiento del plazo máximo, proponiendo, una vez agotada la duración máxima de 545 días, demorar la calificación de las lesiones hasta el 1 de mayo de 2011. Que en consecuencia, al anular el inicio del expediente de IP y su posterior declaración de IP Total, se cesa el abono de la prestación de incapacidad permanente con fecha 31 de marzo de 2011.

Quinto.- Que la empresa demandada procedió a la baja en Seguridad Social del actor en fecha 12 de julio de 2010, siendo baja por agotamiento de IT con fecha 25 de noviembre de 2010.

Sexto.- Que la Mutua abonó al trabajador en pago directo el 75% de la prestación desde el 13 de julio de 2010 hasta el 16 de mayo de 2011, tal y como consta al folio 63 de los autos, dándose por reproducido.

Séptimo.- Que con fecha 16 de septiembre de 2011 se celebró el preceptivo acto de conciliación, dándose por finalizado con el resultado de sin avenencia".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. , frente a la empresa , debo condenar y condeno a la empresa demandada a que abone al actor por los conceptos recogidos en esta resolución, la cuantía de 3.587,68 euros".

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte

recurrida.

CUARTO.- El 20 de febrero de 2012 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 13 de marzo siguiente.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. [redacted] sufrió un accidente no laboral el 29 de mayo de 2009 cuando prestaba sus servicios para la [redacted] a consecuencia del cual inició situación de incapacidad temporal que mantuvo hasta el 13 de julio de 2010, fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión por incapacidad permanente total para su profesión habitual que el INSS le reconoció el día 15 de ese mes, si bien ésta fue revisada por el propio Instituto el 7 de abril de 2011, que acordó sustituirla desde sus efectos iniciales hasta el agotamiento del plazo máximo de 545 días (25 de noviembre de 2010) y que, una vez agotado, se demore la calificación de la incapacidad permanente hasta el 1 de mayo de 2011, lo que ha determinado que le pagase la prestación de incapacidad temporal desde el 13 de julio de 2010 al 16 de mayo de 2011, sin que en este período haya recibido de su empresario el complemento hasta el 100% del salario previsto en el art. 25 del convenio colectivo de dicha empresa, lo que llevó a D. [redacted] a demandar su abono el 20 de septiembre de 2011 (que cuantificaba en 8.204,18 euros), con el 10% de interés por demora, allanándose la demandada respecto a los 3.587,68 euros a que ascendía ese complemento hasta el 25 de noviembre de 2010. La sentencia dictada el 29 de noviembre de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria-Gasteiz, tras declarar probado el relato expuesto, ha estimado la demanda únicamente respecto al importe objeto de allanamiento, desestimando el resto del principal por considerar que la obligación de pago de complemento no se extiende más allá de los 545 días que constituye la duración máxima de la situación de incapacidad temporal conforme a lo dispuesto en el art. 128.1.a) del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), sin que alcance al período excepcional que hasta un máximo de 730 días se contempla en el párrafo segundo del art. 131 bis.2 LGSS, dado que no puede considerarse como situación de incapacidad temporal, tal y como lo ha aplicado la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia (sentencia de 9 de julio de 2010, rec. 1596/2007), Murcia (sentencia de 23 de diciembre de 2004, rec. 945/2004) y Castilla y León con sede en Valladolid (sentencia de 27 de noviembre de 2000, rec. 2016/2000).

Pronunciamiento que D. \_\_\_\_\_ recurre en suplicación, ante esta Sala, tratando de cambiarlo por otro que estime la pretensión principal de su demanda, a cuyo fin denuncia, en un único motivo debidamente amparado en el art. 191.c) del último texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que no se ajusta a derecho, infringiendo el art. 25 del referido convenio colectivo, en relación con el art. 3.1 del Código Civil (CC) y el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 de nuestra Constitución (CE), dado que el mencionado precepto convencional contempla la mejora para toda situación de incapacidad temporal, sin excepción alguna, a lo que ha de estarse, y abarca, en su concreto caso, el período comprendido entre el 26 de noviembre de 2010 y el 17 de mayo de 2011.

Recurso impugnado por la demandada, quien sostiene que la situación de incapacidad temporal se define en el art. 128.1.a) LGSS y lo hace en el sentido de limitar su duración máxima a 545 días.

SEGUNDO.- A) El art. 25 del convenio colectivo de la empresa demandada con vigencia inicial 2008/2010, bajo el rótulo "complemento por incapacidad temporal", dispone: "En caso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o de enfermedad común o accidente no laboral, la trabajadora o el trabajador percibirá desde el primer día de la baja, un complemento de sus prestaciones hasta el 100% de su salario". En un segundo párrafo señala: "Para obtener esta prestación complementaria, el empleado está obligado a cumplir las normas que como Anexo I se acompañan".

Precepto cuya finalidad es mejorar la protección económica del trabajador durante la situación de incapacidad temporal, complementando la que se recibe como prestación básica de seguridad social, en términos expresivos de que esa situación no le suponga merma salarial alguna y sin limitación temporal, ya que lo hace desde el primer día y sin fijar término final que no sea el de la propia situación.

El art. 128.1.a) LGSS describe las situaciones de incapacidad temporal y lo hace en estos términos respecto a la que aquí interesa: "Las debidas a 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, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación".

El art. 131 bis LGSS, por su parte, bajo el rótulo de "extinción del derecho al subsidio", contiene un apartado 2 con tres párrafos. En el primero de ellos se dice:

"Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda". El párrafo segundo dispone: "No obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal". Finalmente, en el último párrafo de este precepto se indica: "Durante los períodos previstos en este apartado no subsistirá la obligación de cotizar".

B) Si, a la luz de ese caudal normativo, analizamos el caso de autos, la Sala considera que la denuncia del demandante debe prosperar, ajustándose a derecho la pretensión principal de su demanda, conforme acto seguido razonamos.

No ignora la Sala que en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que menciona la que aquí se recurre apoyan la solución dada por ésta, pero hubo otros Tribunales Superiores de Justicia que se decantaron por la solución opuesta y ello determinó la intervención de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo cumpliendo su función unificadora, lo que ha realizado en su sentencia de 7 de noviembre de 2005 (RCUD 3846/2004), favorable a esta última tesis, en un litigio de un trabajador del

sujeto a un convenio colectivo que también mejoraba las prestaciones durante la situación de incapacidad temporal, reclamando su pago en el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 (día siguiente al de haber cumplido los 545 días de incapacidad temporal) y el 30 de diciembre de 2002 (fecha en la que se iniciaron los efectos económicos de la situación de incapacidad permanente absoluta reconocida el 10 de febrero de 2003), durante el cual percibió la prestación básica de incapacidad temporal al amparo del art. 131 bis.2 LGSS. El Tribunal Supremo le reconoce derecho a cobrar la mejora en ese período.

Conviene reproducir las palabras de esa sentencia que fijan precisamente la cuestión sobre la que sienta cuál es la doctrina buena: "Concurre el presupuesto de contradicción, pues los supuestos de las sentencias objeto de contraste son substancialmente idénticos, ya que se trata de trabajadores que han permanecido en situación de Incapacidad Temporal hasta el agotamiento del plazo máximo de 18 meses

previsto en el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, pasando a la situación de prórroga de Incapacidad temporal por agotamiento de dicho plazo máximo, previsto en el artículo 131 bis) 2 de dicha Ley y, los Convenios Colectivos aplicables contienen una cláusula con similar redacción de mantenimiento de las retribuciones mensuales durante la duración de la situación de Incapacidad Laboral, sin hacer ninguna mención expresa a la extensión de dicha mejora a la situación de prórroga de la Incapacidad Laboral y, mientras la sentencia de combatida resuelve que con el transcurso de los 18 meses se entiende concluida la situación de Incapacidad Temporal y la obligación de abonar los complementos derivados del Convenio Colectivo, en cambio, en la sentencia de contraste se entiende que la obligación de abonar la mejora subsiste durante la situación de prórroga hasta el plazo máximo de 30 meses".

Contradicción que, como hemos dicho, resuelve a favor de considerar que, en esa situación de prórroga excepcional de la prestación de incapacidad temporal más allá de los 545 días, el trabajador tiene derecho a la mejora establecida en el convenio colectivo sí, como era el caso, ésta no fijaba límite alguno.

Solución que se funda en los siguientes pilares: 1) la fuente del derecho a la mejora es el convenio colectivo, que es el que debe concretar el período a que se extiende; 2) la finalidad de ese tipo de mejoras es complementar la protección del trabajador en relación a la que el trabajador recibe del sistema básico de seguridad social, dado que por la imposibilidad de trabajar deja de tener derecho al salario y esa prestación básica no cubre el 100% de éste; 3) la prestación básica por incapacidad temporal extiende la protección no sólo a los 545 días previstos en el art. 128.1.a) LGSS, sino también a las prórrogas excepcionales contempladas en el párrafo segundo del art. 131 bis.2 LGSS, que siguen siendo períodos de incapacidad temporal, en los que no se trabaja por razón de la situación patológica en que se encuentra el trabajador y se sigue recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social; 4) la falta de concreción del período de la mejora revela una voluntad de vinculación con la de la prestación básica, tanto por ese silencio como por la subsistencia de la misma razón de incremento de la protección económica que está en la base del complemento.

C) Resta analizar si la estimación de la pretensión principal de la demanda ha de ser total o no.

No procede excluir el período del 1 al 16 de mayo de 2011, dado que la prestación de incapacidad temporal se abonó a D. hasta esa fecha, sin que constituya base suficiente para estimar que fue indebido en esos dieciséis días el hecho de que la resolución del INSS, de 7

de abril de ese año, acordara demorar la calificación de la incapacidad permanente al 1 de mayo siguiente, ya que ello implicaba únicamente que hasta entonces no procedía realizarla, pero no que necesariamente tuviera que efectuarse ese día, debiendo resaltar que el 16 de mayo de 2011 aún no había transcurrido el límite máximo de 730 días previsto en el art. 131 bis.2 LGSS, ya que la incapacidad temporal se inició el 29 de mayo de 2009.

Sin embargo, resulta improcedente el pago de la mejora relativo al 17 de mayo de 2011, ya que en esa fecha no estuvo en situación de incapacidad temporal.

El recurso, por cuanto se ha expuesto, se estima con esa única salvedad.

TERCERO.- La estimación, total o parcial, del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida en el mismo, a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes, de conformidad con el criterio sentado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de julio de 1993) interpretando el exacto alcance de lo dispuesto en el art. 233-1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

#### FALLAMOS

Se estima, en lo sustancial, el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. [redacted] contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria, de 29 de noviembre de 2011, dictada en sus autos nº 626/2011, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a [redacted] sobre complemento de incapacidad temporal; en consecuencia, con revocación parcial de su pronunciamiento y estimando en parte la pretensión principal de la demanda, condenamos a la demandada a que abone al Sr. [redacted] la cantidad de 8.177,80 euros en concepto de mejora de la prestación de incapacidad temporal prevista en el art. 25 del convenio colectivo de empresa durante el período comprendido entre el 13 de julio de 2010 y el 16 de mayo de 2011, confirmando la desestimación de la misma en cuanto al resto de lo pretendido.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno

cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente  
juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior  
sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a.  
Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de  
Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

#### ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del grupo Banesto (Banco Español de Crédito), se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0471/12.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0030-1846-42-0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0471/12.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.