

## EDJ 2008/150210

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 4ª, S 17-7-2008, nº 576/2008, rec. 1829/2008

Pte: Luelmo Millán, Miguel Angel

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### SEGURIDAD SOCIAL

##### COTIZACIÓN

Cotización en situación de incapacidad laboral transitoria

##### PRESTACIONES EN GENERAL

Reintegro de prestaciones indebidas

En general

#### INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO

Incapacidad temporal: ILT

Prestaciones

Denegación, suspensión y pérdida

Nacimiento y duración de la prestación

Enfermedad común o accidente no laboral

Dolencias y lesiones en particular

Enfermedades psíquicas

#### SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

##### CAUSAS

Incapacidad

Excedencias

Voluntaria

Clases

Otras causas

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.36 de RD 84/1996 de 26 enero 1996. Rgto. Inscripción Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones Datos de Trabajadores en S.S.

Cita art.191, art.216 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.37.3, art.37.d, art.45, art.46.1 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Versión de texto vigente null

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- D<sup>a</sup> Montserrat ha prestado servicios para D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> JOSEFA TORRALBO LLAMAS desde 23 de abril de 2002.

SEGUNDO.- Se dicta sentencia por este Juzgado, el 24 de octubre de 2006, constando en Hecho Probado 2<sup>o</sup> :

"La actora, el 22 de noviembre de 2005, presenta escrito solicitando la suspensión de empleo y sueldo durante el período de operación de estética corporal y manifestando que "durante el tiempo que permanezca inactiva por dicho motivo, asumo todos los gastos derivados de dicha operación, quedando exonerada Ud. como mi empresaria de cualquier gasto de salarios o Seguridad Social-. (Folio 36).

TERCERO.- La actora inicia baja por incapacidad temporal, el 23 de noviembre de 2005, y está en esta situación hasta 31 de julio de 2006.

CUARTO.- La empresa solicitó, en diciembre de 2005, a la Inspección de la Seguridad Social información sobre la baja de la actora.

La Inspección, el 9 de febrero de 2006, contesta que "valorados los informes clínicos en el momento actual la baja está justificada".

Vuelve a presentar escrito la empresaria a la Inspección por entender que se está produciendo fraude porque la actora se sometió a operación de estética y, en marzo de 2006, la Inspección contesta:

"En relación con su nuevo escrito referente a la baja laboral que mantiene la trabajadora de su empresa D<sup>a</sup> Montserrat , esta Inspección Médica le contestó en los términos que la Ley tiene previsto, es decir, si la causa de baja está o no justificada, puesto que el derecho a la intimidad de las personas y el secreto profesional impiden manifestar a terceros, diagnósticos y causas de enfermedad.

No obstante, y ante su insistencia le informo que la Inspección Médica nunca permitiría bajo ningún concepto extender ni mantener una baja que tuviera como causa una intervención de cirugía estética. No estando por tanto, en el caso de D<sup>a</sup> Montserrat , el motivo de su baja derivado de un tratamiento de cirugía estética".

QUINTO.- La actora, el 22 de febrero de 2006, solicita el pago directo de la incapacidad temporal por incumplimiento de la empresa (folios 41-42).

SEXTO.- El INSS remite a la empresa D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> JOSEFA TORRALBO LLAMAS la comunicación que obra en folio 50 y se da por reproducida.

La empresa contesta el 11 de mayo de 2006.

SÉPTIMO.- La actora, el 17 de febrero de 2006, presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo frente a la empresa denunciando:

"No recibo mi salario mensual desde el mes de noviembre. Tengo baja por depresión desde el día 23/11/2005 y le he entregado todos los partes que lo justifican desde dicha fecha, emitidos por la Seguridad Social.

Solicito el pago directo de la I.T. por parte de la S. Social"

(Folio 77).

OCTAVO.- Por resolución de 18 de mayo de 2006, el INSS reconoce la prestación económica a D<sup>a</sup> Montserrat , con base reguladora de 19,95 euros, importe diario 11,97 euros desde 8.12.2005, y 14,9625 euros desde 13.12.2005 (folio 34).

NOVENO.- El I.N.S.S. dicta resolución reclamando a D<sup>a</sup> Montserrat , como indebidamente percibida, la prestación por incapacidad temporal por el período 8.12.2005 al 24.7.2006, por 3.657,94 euros, en base al Hecho Probado 2<sup>o</sup> de la sentencia del Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 18 y porque aparece la actora de baja en la empresa MARÍA JOSEFA TORRALBO LLAMAS desde 22 de noviembre de 2005.

Interpone reclamación previa que se desestima."

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se desestimó la demanda formulada por la parte actora.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte (M<sup>a</sup> Josefa Torralbo Llamas).

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha catorce de abril de dos mil ocho , dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día nueve de julio de dos mil ocho para los actos de votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El motivo a que contrae la actora su recurso tiene apoyo procesal en el apartado c) del art.191 de la LPL EDL 1995/13689 y señala infracción del art.124 de la LGSS EDL 1994/16443 así como la del art.45 del ET EDL 1995/13475 , con cita de la STS de 4-6-02 y la del TSJ de Galicia de 26-5-00 arguyendo que en los supuestos de suspensión del contrato las únicas obligaciones que quedan igualmente suspendidas son las de trabajar y remunerar el trabajo pero no las restantes de modo que se mantiene la obligación de alta y la cotización a cargo de la empresa.

La STS antedicha señala que "el artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 establece que la obligación de cotizar nace con el comienzo de la prestación de trabajo y se mantiene durante el período de prestación de servicios, con lo que parece manifestarse de nuevo el criterio de la actividad. Sin embargo, el precepto citado contiene una serie de normas que permiten precisar esta conclusión. En primer lugar, el párrafo final del número 2 establece que la obligación de cotizar se mantiene «respecto a los trabajadores que se encuentren cumpliendo deberes de carácter público o desempeñando cargos de representación sindical, siempre que ello no dé lugar a la excedencia en el trabajo», lo que constituye una primera indicación importante, pues se reconoce que en una interrupción

típica -permiso, retribuido o no, para el cumplimiento de un deber público o sindical (artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y artículo 9.1.a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical(, ))- se mantiene la obligación de cotizar, mientras que esa obligación no existe cuando se trata de una suspensión, como la excedencia forzosa del artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 o del artículo 9.1.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En segundo lugar, existen previsiones específicas sobre el mantenimiento de la obligación de cotizar durante determinadas situaciones suspensivas, como es el caso de la incapacidad temporal, el riesgo de embarazo o la maternidad (artículo 106.3 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 ), lo que, a contrario, indica que en el resto de las situaciones suspensivas no hay obligación de cotizar y tampoco alta. Es cierto que el artículo 106.5 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 contiene otra regla específica en sentido distinto, al establecer que «la obligación de cotizar se suspenderá durante las situaciones de huelga y cierre patronal», pero esta norma tiene un sentido aclaratorio de la regla general; no de excepción a la misma. Es así, porque, al estar ligada la cotización a la percepción de una retribución (artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 ), es el pago de esa retribución el que define, en principio, el contenido económico de la obligación de cotizar, pues la retribución no es sólo base de cálculo, sino también manifestación de la capacidad de pago que determina el hecho imponible, por lo que la regla general es la que vincula la obligación de cotizar con el desarrollo de una actividad profesional retribuida, y la excepción, la que mantiene esa obligación como en el caso de las situaciones suspensivas del artículo 106.4 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 o de los permisos no retribuidos, a los que sin duda se refieren las normas que en las sucesivas órdenes de cotización regulan la base aplicable en los días de permanencia en alta sin percepción de retribución computable.....Estas conclusiones son aplicables al alta en la medida que ésta debe vincularse normalmente con la obligación de cotizar. En este sentido resulta ilustrativo el artículo 36 del Reglamento de actos de encuadramiento, que considera situaciones asimiladas al alta -es decir, situaciones en las que no hay alta en sentido propio- supuestos suspensivos típicos, como la excedencia forzosa, el servicio militar, la excedencia por cuidado de hijos, así como otro supuesto como el de la inactividad de los trabajadores de temporada, que se caracteriza por el mantenimiento del contrato, pero sin prestación de trabajo, ni percepción de salario. Esta es además la solución que se ha aplicado en el ámbito de la función pública conforme a lo dispuesto en la Orden de 27 de octubre de 1992 , que, aunque mantiene el alta en la suspensión provisional, prevé, en su artículo 3 , que «cuando la suspensión sea declarada firme, procederá cursar la baja en el Régimen General con efectos retroactivos y devolver las cuotas ingresadas durante el período a que afecte la suspensión firme». Es cierto que la baja en la situación de suspensión disciplinaria de empleo y sueldo podría producir efectos desproporcionados en la acción protectora, pero la solución en estos casos debe orientarse en el sentido ya precisado por nuestra sentencia de 30 de mayo de 2000 ".

Sobre la base de dicha doctrina -que la Sala considera que resulta contraria a la tesis de la recurrente según se desprende del subrayado precedente y del fallo de la misma que estima el recurso de la entidad gestora- se impone ahora el examen de la naturaleza de la situación creada con la solicitud efectuada en su día por la actora de que se suspendiese su "empleo y sueldo por el período de operación de estética corporal", según se recoge en el incombustible hecho segundo de la sentencia recurrida. Parece evidente que, así descrita y con independencia de que pudiese ser otra la causa de suspensión -ignorada en todo caso por la empresa- no se estaba en el supuesto previsto en el art.128 de la LGSS EDL 1994/16443 que regula la incapacidad temporal (IT), considerando que para que ésta se produzca será necesaria la preexistencia como causa determinante de la misma, de una enfermedad común o profesional o accidente, sea o no laboral, o bien se esté en un período de observación por enfermedad profesional en el que se prescriba la baja en el trabajo.

En consecuencia, si por entender la empresa, de buena fe, que la causa de la suspensión era la que se le exponía dio de baja en la Seguridad Social a partir de esa fecha a la demandante accediendo a dicha petición, se estaba en una situación creada exclusivamente por iniciativa de la trabajadora e inculcable en el art.45.1.a) del ET y no en el art.45.1.c) del mismo precepto, por lo que la baja referida era correcta y no existía, por tanto, obligación de cotizar de conformidad con los arts 106 y 109 de la LGSS EDL 1994/16443 , sin que, en fin, pueda entenderse tampoco que la actora se hallase desde ese momento en una situación asimilada al alta de las contempladas en el art.125 de esa misma norma y 36 del RD 84/1996, de 26 de enero EDL 1996/13910 . De ahí, pues, que no se cumpla con una de las condiciones generales del derecho a cualquier prestación contributiva según lo establecido en el art.124.1 de la tan reiterada LGSS EDL 1994/16443 , cual es el requisito de estar en alta, sin que de ello, sin embargo, pueda deducirse en este caso una responsabilidad de la empresa, por lo que la reclamación del reintegro del subsidio a la actora ha de considerarse correcto, lo que comporta la desestimación del recurso.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Montserrat , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de fecha veintiséis de noviembre de dos mil siete , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MARÍA JOSEFA TORRALBO LLAMAS, sobre Incapacidad Temporal (Reintegro Prestaciones), y, en consecuencia, que debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228 ), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, núm. 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2829-0000-00-1829-08 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal sita en C/ Miguel Ángel, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria 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 y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depositos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995 , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079340042008100561