

**REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE  
LA INVITACIÓN EN EL RETA**

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2009*

SOFÍA OLARTE ENCABO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La trabajadora prestaba servicios por cuenta propia en una tienda al por menor de ropa de la que era titular. Mientras se hallaba prestando servicios sufrió un accidente que le afectó al tobillo y pierna, siendo ingresada en un hospital y detectándose fractura de tobillo. Aunque la trabajadora estaba en alta en el RETA, sin embargo la Mutua le notifica la denegación de la prestación económica de IT “por no encontrarse al corriente de sus cuotas no prescritas en el Régimen Especial anteriores a la baja médica”. La actora tenía un descubierto por importe de 810,27 euros en vía de apremio. Después de la fecha del accidente la actora hizo ingreso de dichas cuotas pero no se le ha abonado la prestación de IT desde el día de su baja médica. El Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia reconocieron el derecho a la prestación desde el día de la baja médica, por considerar que se trata de un accidente de trabajo por lo que no se exige tener período de carencia alguno y, por tanto, las cotizaciones satisfechas con posterioridad al hecho causante operan para cumplir el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, por lo que debe entenderse que la trabajadora estaba en alta y al corriente en el momento de acaecer el accidente de trabajo del que deriva el subsidio cuyo abono solicita.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina y condena en costas a la Mutua recurrente. En cuanto al fondo, el TS considera que el problema planteado ya ha sido resuelto

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

con anterioridad por el propio TS en varias sentencias entre los años 2004 y 2006, en el sentido que invoca la recurrente. Sentencias todas ellas que, sin embargo, recuerda el TS, se dictaron conforme a la normativa vigente en la fecha del hecho causante que, efectivamente, no contemplaba el mecanismo de la invitación al pago de las cuotas adeudadas respecto a la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos. Advierte el TS que se ha producido un cambio normativo a raíz de la entrada en vigor de la Ley 52/2003 que modificó la redacción de la Disposición Adicional Trigésimo Novena de la LGSS. Además, como consecuencia de esta previsión y en su desarrollo reglamentario, estableció de forma expresa el mecanismo de la invitación al pago de las cuotas no satisfechas, coherentemente con la LGSS, ya que la DA 39ª contempla la invitación al pago sin excepción alguna. Para el TS el hecho de que la trabajadora hiciera el ingreso de las cuotas pendientes en vía de apremio, aun después de la fecha del hecho causante, equivale a tal invitación, por lo que considera que se hallaba en situación de al corriente.

#### ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTOS CRÍTICOS SOBRE LA VIRTUALIDAD DE LOS REQUISITOS GENERALES PARA CAUSAR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA SITUACIÓN DE “AL CORRIENTE” EN EL RETA
3. LA INVITACIÓN AL PAGO EN EL RETA Y LA COMPRA DE PRESTACIONES
4. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE LA INVITACIÓN AL PAGO

### 1. PLANTEAMIENTOS CRÍTICOS SOBRE LA VIRTUALIDAD DE LOS REQUISITOS GENERALES PARA CAUSAR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El significado de la evolución normativa y jurisprudencial en relación con los requisitos generales para causar derecho a prestaciones puede aprehenderse de forma más profunda si recordamos alguno de los presupuestos teóricos que definen la naturaleza misma de la relación jurídica de Seguridad Social.

La relación entre el sujeto protegido y la Seguridad Social es una relación obligacional, aun compleja en su estructura, de naturaleza jurídica claramente pública, que nace *ex lege*, es decir, por voluntad legal, en los supuestos contemplados en la ley y al margen o con independencia de la voluntad de los sujetos privados.

Sin embargo, ello no ha impedido que una buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia consideren que los actos de inmatriculación –inscripción, afiliación, altas y bajas– vendrían a tener un valor constitutivo, cuando los mismos han de ser considerados, en cuanto requisitos, sólo a los efectos del

nacimiento del derecho a la prestación y de responsabilidad en orden a prestaciones, sin que de ellos se derive necesariamente la constitución o no de la relación de Seguridad Social. Y es que el sujeto protegido tiene una posición jurídica activa que le reconoce la Ley independientemente de los actos de inmatriculación y la cotización previa, que, no obstante, es evidente que tienen un valor instrumental fundamental para la organización de la protección social.

Esta afirmación, admitiremos que no del todo pacífica en nuestra doctrina, se sustenta en el análisis jurídico positivo a través de instituciones jurídicas ya clásicas o tradicionales que, lejos de retroceder, experimentan una progresiva expansión. Nos referimos a todas aquellas que, de una manera u otra vienen a restar valor a la exigencia de los requisitos generales para causar derecho a prestaciones de la Seguridad Social, que, como establece el artículo 124 LGSS son, además de los particulares de cada prestación –entre los que aparece generalmente la de “estar al corriente”, por lo que indirectamente también éste es un requisito general o generalizado– el de “estar afiliadas y en alta... o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”. En efecto, además de las situaciones asimiladas a alta –auténtica ficción jurídica que se extiende cada vez a más situaciones–, la figura del alta presunta o alta de pleno derecho, la automatización de las prestaciones y la autonomía de la relación de cotización respecto de la relación de prestación o de los actos de inmatriculación, ponen de manifiesto que es la voluntad legal de proteger e incluir en su ámbito de protección a determinados sujetos y situaciones de necesidad lo que determina el nacimiento de derechos.

Y esta evolución normativa, tiene su reflejo en una línea jurisprudencial que apuesta por una interpretación flexibilizadora de tales requisitos, que se “obvian” –a través de excepciones o ficciones jurídicas– con tal de que el Sistema alcance y proteja situaciones de necesidad reales y previstas en la norma y que afectan a sujetos que la Ley ha incluido dentro del ámbito subjetivo de la Seguridad Social. Esto es especialmente visible en el Régimen General de la Seguridad Social, en contraste con la normativa y la interpretación jurisprudencial del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en que la coincidencia en estos trabajadores entre la condición de sujeto obligado –a la inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos y obligado también a la cotización– y la condición de sujeto beneficiario de las prestaciones ha determinado un mayor rigor, que responde en el fondo a una relativa concepción culpabilizadora –ya que el autónomo sería el sujeto responsable y a la vez beneficiario– que se sustentaría además en la necesidad de impedir la denominada “compra” de pensiones, tratando así de marcar las fronteras entre la Seguridad Social y el seguro privado, por más que alguno de los requisitos generalizados –como la exigencia de períodos previos de cotización–

nos aproxime a esquemas más propios del seguro que de un sistema de protección social público, que debiera primar la situación de necesidad sobre el esfuerzo contributivo –lógicamente sin desconocer éste–.

Alguno de los preceptos de la LGSS así como la jurisprudencia en la materia ponen en cuestión el valor absoluto o constitutivo que los requisitos generales tendrían según el tenor literal del art. 124 LGSS, al menos en relación con el RGSS. Sin entrar ahora en la abundante jurisprudencia al respecto, simplemente mencionaremos aquí algunas de las previsiones legales que vienen a poner de manifiesto la pérdida de sentido del precepto legal en cuestión, al menos en su actual redacción, y, más allá de ello, la necesidad de reafirmar la naturaleza pública de la relación de seguridad social y de las prestaciones de la Seguridad Social, frente a la técnica del seguro privado. Estas serían algunas de las previsiones en la LGSS referidas al Régimen General de la Seguridad Social y que apuntan en esta dirección:

- relativización del requisito del alta en las pensiones contributivas de jubilación y de invalidez (respectivamente, artículos 161.3 y 138.3, ambos de la LGSS)
- no exigencia de períodos previos de cotización o carencia en el caso de los accidentes sean comunes o profesionales y de enfermedades profesionales (art. 124.4 LGSS)
- la consideración como período cotizado de períodos en que efectivamente no hubo cotización (dos primeros años del período de excedencia de los trabajadores por cuidado de hijos menores o familiares, ex artículo 180.2 LGSS, sobre prestaciones familiares)
- atenuación de la exigencia de períodos de cotización en un tramo temporal determinado, retrotrayéndolos a fechas en que hubo obligación de cotizar (art. 210.1 en la prestación por desempleo)
- automaticidad de prestaciones (art. 126.3 LGSS)

Estos son solo algunos ejemplos que vienen a poner de manifiesto que el reconocimiento del derecho a una prestación deriva directamente de la ley y no está determinado en última instancia por el comportamiento previo de un sujeto privado –sea el del que solicita una prestación, sea el del sujeto obligado a tal comportamiento–, porque realmente no se trata de un régimen contractual y, como ha señalado reiteradamente el TC, ni siquiera el hecho de haber cotizado genera un derecho subjetivo a prestación. Todo ello, se entiende, sin dejar de reconocer el valor instrumental de los actos de inmatriculación y que la cotización previa pueda ser exigida y que, además, incida cualitativa y cuantitativamente en cuantía y duración de la prestación, pues la proporcionalidad también forma parte de los principios inspiradores del régimen de las prestaciones de la Seguridad Social.

## 2. LA SITUACIÓN DE “AL CORRIENTE” EN EL RETA

En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos la relación jurídica de seguridad social se articula de un modo similar al del Régimen General, de tal modo que la organización de la acción protectora se basa igualmente en relaciones instrumentales (actos de inmatriculación y cotización).

La tendencia a la aproximación al RGSS es incuestionable. Así, los actos de encuadramiento, inicialmente regulados por el Capítulo III del Decreto 2.530/1970 y el Capítulo II de la OM de 24 de septiembre de 1970, están regulados por el RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Reglamento, que derogó expresamente dichos capítulos, regulando estos actos con carácter general para todo el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio establecer también las particularidades de cada Régimen, siendo clara la voluntad legal de racionalizar a través de reglamentos generales el complejo y disperso sistema normativo de la Seguridad Social.

En lo que se refiere a la cotización, la característica más propia del RETA en comparación con el RGSS es el valor que se da a la autonomía privada de la voluntad del trabajador. En otros términos, la diferencia está en la mayor relevancia del elemento voluntario, impropio de una relación obligacional, como decíamos, de naturaleza pública. En efecto, el trabajador cotiza por la actividad que elige cuando se da de alta (en el supuesto de que desarrolle varias actividades que den lugar a la inclusión en el RETA), elige la base por la que prefiere cotizar, pudiendo cambiar anualmente la base de cotización, eligiendo otra, dentro de las bases máximas y mínimas. Voluntariedad que se extiende a la acción protectora en cuanto también ha de elegir la protección por incapacidad transitoria (Mutua o INSS) y la cobertura de los riesgos profesionales es voluntaria. A ello se ha de añadir el régimen de cotización privilegiado que se viene impulsando como medida de fomento del autoempleo, concretamente –Disposición Adicional 35ª LGSS– se establece una reducción de las bases de cotización para los jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el RETA y también una exoneración de cuotas a los trabajadores por cuenta propia con sesenta y cinco o más años –DA 32ª–.

Las peculiaridades no se limitan al régimen de la cotización sino que se manifiestan incluso en materia de recaudación cuando el trabajador autónomo se encuentra en situación de incapacidad transitoria, ya que se contempla una regla especial para la obtención de aplazamientos y fraccionamiento en el pago de deudas por cuotas de la Seguridad Social devengadas durante dicha situación cuando, además de estar al corriente en el pago de las cotizaciones en la fecha de la solicitud, hayan acreditado ante la TGSS el cese en la actividad y cierre de negocio.

Es este elemento contractual, más propio del seguro privado que de la Seguridad Social, el que ha determinado un mayor rigor legal y jurisprudencial a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos exigidos para causar derecho a prestaciones.

Refiriéndonos ahora a la Incapacidad Temporal, se exige, además de los requisitos generales de afiliación y alta o situación asimilada, el cese en la actividad determinante de la baja en el RETA –que genera una situación asimilada a la de alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja (art. 69 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, en adelante ORETA, y artículo 36.1.15 del Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, en adelante RGI)– y estar al corriente en el pago de cuotas.

Conviene tener en cuenta, ya que es el tema que centrará nuestra atención, que el pago extemporáneo de las mismas en el RETA a efectos de acreditar el requisito de estar al corriente, se admite en el RETA cuando ya se ha cubierto el período de carencia exigido para causar derecho a la prestación sin necesidad de computar dichas cuotas extemporáneas (período de carencia no exigido, en el caso de la Sentencia que aquí analizamos, por tratarse de un accidente de trabajo). Y así lo ha considerado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 24 de enero de 1994 y de 25 de junio de 1996, pese a la condena del Tribunal Constitucional a lo que se conoce como “compra de pensiones” (STC 73/1988). Sin embargo, pese a la tendencia jurisprudencial del momento, favorable al reconocimiento de validez a las cotizaciones extemporáneas –incluso referidas a períodos anteriores a la formalización del alta, reuniendo los requisitos para estar incluidos en el RETA– a partir de de 1 de enero de 1994, tras la modificación de la Disposición Adicional 9ª de la LGSS –nuevo párrafo tercero añadido por la Disp. Adic. 2ª de la Ley 66/1997–, la validez de las cotizaciones extemporáneas quedó limitada a los supuestos en que las altas se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994.

La relevancia que la autonomía privada de la voluntad tiene en el RETA ha sido hasta fechas recientes especialmente acusada en la prestación de incapacidad temporal. En efecto, aunque tal y como se desprende de lo establecido en la Disposición Adicional 11ª LGSS, la cobertura de la incapacidad temporal sigue siendo voluntaria, pudiendo el trabajador optar por su cobertura o excluirla, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, ha dado pasos importantes hacia la obligatoriedad de su inclusión (art. 26 y disposiciones adicionales 3ª y 5ª), al menos en lo que se refiere a la IT por contingencias comunes, si bien se mantienen notables excepciones. En el caso de las contingencias profesionales –disposición adicional 3ª Ley 20/2007– la obligatoriedad o no dependerá con carácter general del índice de siniestralidad

del sector, mientras que para los autónomos económicamente dependientes será en todo obligatoria la cobertura de las contingencias profesionales, a los que, además, será de aplicación el concepto de accidente de trabajo propio de los trabajadores por cuenta ajena.

Por tanto, se constata una evolución clara en doble sentido, de una parte, se va ampliando el ámbito objetivo de cobertura del RETA acercándose al nivel del RGSS y, de otra, se va limitando la autonomía privada de la voluntad, la cual también se ve limitada en la tradicional opción entre formalizar la cobertura de dicha prestación con la entidad gestora –el INSS– o con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, ya que las solicitudes de cobertura a partir de 1 de enero de 2008 deberán formalizarse con una mutua. Como si de alguna manera la progresión hacia la convergencia con el RGSS se condicionara a la penetración de más elementos obligatorios propios de la técnica de la Seguridad Social, dejando atrás la impronta del seguro privada tan presente en el RETA. Y si algo se ha evidenciado es que la libre opción (la autonomía privada), se había traducido en la escasa protección de esta contingencia voluntaria para los autónomos, de la misma manera que hoy la cobertura de la IT por contingencias profesionales ha tenido un bajo impacto mas allá de los supuestos en que la ley lo ha introducido de forma obligatoria.

Sin embargo, la mayor presencia de elementos obligatorios en el RETA y, en ese sentido, la aproximación al RGSS, no determina por si misma la aplicación de los mecanismos propios de este último Régimen en orden a garantizar el derecho a prestaciones en el caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Y es que, desde nuestro punto de vista, subsiste la diferencia fundamental de uno y otro Régimen y es que en el RETA siempre coincide en el mismo sujeto la condición de incumplidor de sus obligaciones y de sujeto en situación de necesidad protegida que solicita prestaciones de la Seguridad Social, lo que explica, por ejemplo, la no aplicación de la figura del recargo de prestaciones prevista en el artículo 123 de la LGSS de clara impronta sancionadora.

Este elemento diferencial y el hecho de que no sean extrapolables sin más los mecanismos flexibilizadores de los requisitos generales para causar derecho a prestaciones del RGSS al RETA (por ejemplo, se excluye el alta presunta), no significa que éste último no cuente con otras figuras o instituciones jurídicas a tal efecto. De hecho en relación con la exigencia de estar al corriente del pago de las cuotas, que es la cuestión que nos ocupa, entra en juego el mecanismo de la “invitación al pago” siempre que se tenga cubierto el período mínimo de cotización exigible”.

### 3. LA INVITACIÓN AL PAGO EN EL RETA Y LA COMPRA DE PRESTACIONES

El RD 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos –RD/RETA– regula en su artículo 28 las condiciones del derecho a las prestaciones. Tal y como se ha adelantado, a estos trabajadores se les exige que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o situaciones asimiladas al alta en la fecha en que se entienda causada la prestación, y, además, *“Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones... que se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en al fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación”* (apartado 2º).

Una simple lectura del precepto hasta ese punto parece conferir a este requisito un mayor rigor que en el RGSS, que ni siquiera se menciona de forma expresa en el artículo 124 LGSS (es un requisito implícito). Sin embargo, a continuación el precepto establece que *“No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada al prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas”*. El precepto no se queda ahí sino que establece también las consecuencias de que se realice o no el pago en dicho plazo, en el siguiente párrafo que establece lo siguiente:

*“Si el interesado, atendiendo a la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo se concederá la prestación menos un 20 por 100 si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas”*.

Las notas definitorias de la invitación al pago serían las siguientes:

- es una obligación de la entidad gestora
- opera sobre el presupuesto de que se cumplan los períodos de carencia exigidos en cada caso
- tiene una duración de 30 días para generar plenos efectos “eximentes” de la situación de al corriente
- más allá de dicho plazo produce efectos favorables al derecho a la prestación de forma parcial



La invitación al pago es una obligación que corresponde a la entidad gestora y cuya virtualidad es que cuando se cause una prestación para la que se reúnen todos los requisitos y especialmente el período de carencia exigido (período mínimo de cotización previa), excepto la situación de “al corriente”, el sujeto protegido pueda ponerse al corriente en el plazo improrrogable de treinta días naturales y así causar derecho a la prestación de que se trate. Ciertamente, aunque hay matices de diferencia, se trata de un mecanismo próximo a la compra de prestaciones –*qui pro quo*, si paga cuotas hay prestación–, lo cual es contrario a toda lógica de un sistema de Seguridad Social. La diferencia, decíamos de matiz, radica en que no se trata de pagar lo necesario para reunir el período de carencia, sino, todo lo contrario, partiendo de que éste se ha cumplido debidamente, se flexibiliza la situación de al corriente permitiendo el acceso a la protección si el trabajador se pone al día de sus pagos con la entidad gestora.

Esa diferencia es la que impide hablar propiamente de “compra de pensiones” y entendemos es una técnica incluso coherente con un sistema de Seguridad Social, no un seguro privado, que ha de primar su función última, la protección de determinadas situaciones de necesidad. Sin embargo esta explicación no es válida cuando se trata de contingencias profesionales, ya que en estos casos las prestaciones nacen sin necesidad de período de carencia cumplido, por lo que técnicamente sí habría “compra de pensión”, lo que es criticable e insalvable en un régimen público de Seguridad Social.

Sin perjuicio de estas consideraciones críticas, la invitación al pago tiene además efectos positivos para el sistema de protección social pública. Por un lado, porque no le es ajena una cierta lógica recaudatoria que es buena para la salud financiera de este Régimen Especial, pero también para la de todo el sistema y es aprovechar la actualización de una situación de necesidad sobre un sujeto protegido que reúne todos los requisitos para causar derecho a la prestación, y que normalmente ha cumplido sus obligaciones, para que se ponga al día con la entidad gestora.

Pero, de otro lado, en un Régimen como el RETA, donde la incapacidad temporal ha oscilado entre la voluntariedad y la obligatoriedad –y aun hoy se mantienen espacios de voluntariedad especialmente para las contingencias profesionales– la supresión de un mecanismo como la invitación al pago tendría un efecto fuertemente desincentivador, pues un descubierto ocasional supondría la denegación de la prestación. Y es que mientras no exista un Régimen único, lo que hoy por hoy es una meta lejana, no parece acertada una transposición sin más de la lógica de un Régimen a otro, cada uno cuenta con mecanismos propios que buscan un equilibrio entre rigidez y flexibilidad y esto es lo que pretende la invitación al pago.

La LGSS, de forma paralela a la evolución de los cambios del régimen de la incapacidad temporal en el RETA, había previsto la no aplicación a estas

prestaciones del mecanismo de la invitación al pago. No obstante, la Disposición Adicional Trigésima novena de la LGSS, relativa al requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efectos de prestaciones, en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, establece la aplicación del mecanismo de la invitación al pago, sin excepcionar ninguna prestación. Esta disposición fue introducida por el artículo 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre y entró en vigor el 1 de enero de 2004.

#### 4. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE LA INVITACIÓN AL PAGO

El TS había resuelto en sentido negativo sobre la aplicación del mecanismo de la invitación al pago respecto de la prestación de incapacidad temporal hasta fechas relativamente recientes (SSTS de 26-3-2004, 30-09-2004, 24-1-2006 y de 23-5-2006), criterio que contradice la Sentencia de 10 de febrero de 2009. El giro jurisprudencial obedece no a un cambio de planteamiento, sino normativo; cambio importante pero que apenas fue destacado en su día por pasar desapercibido. En efecto, las sentencias dictadas hasta ese momento enjuiciaron los distintos supuestos conforme a la normativa vigente en la fecha del hecho causante que, en aquellos momentos no contemplaba la invitación al pago respecto de las cuotas adeudadas cuando se trataba de la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos.

El cambio en cuestión se produjo por la Ley 52/2003, que modificó la Disposición Adicional Trigésima novena de la LGSS. Por si el mandato legal ofreciese alguna duda, el RD1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, establece en el artículo 5 –cuya rúbrica es *Condiciones de acceso a las prestaciones*–, lo siguiente:

*“Será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada, así como que... se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. De no ser así, se les cursará invitación en los términos y con los efectos previstos en el artículo 28 del RD 2530/1970...”*

Sin que ni dicho precepto ni tampoco el artículo siguiente, el 6, relativo al subsidio por incapacidad temporal contemple ningún tipo de peculiaridad ni restricción sobre la aplicación de la invitación al pago en relación con la incapacidad temporal.

Y esta es precisamente la argumentación del TS, en su Sentencia de 10 de febrero de 2009, en su fundamento jurídico tercero, donde tras referirse al cambio legal, señala que la Disposición Adicional Trigésimo Novena de la LGSS se refiere “*a todas las prestaciones sin excepción*”. Esta doctrina parece sencilla e intachable, sin embargo hay un elemento más al que el TS no da la suficiente relevancia, nos referimos a que en realidad lo que hace el TS es equiparar la invitación al pago con el ingreso en la vía de apremio en fecha posterior al hecho causante (el ingreso se realizó el 23 de junio de 2005 y el accidente de produjo el 23 de marzo de 2005, es decir tres meses más tarde).

La sentencia ahora comentada no incide, desde nuestro punto de vista, en este aspecto tan importante y es que la entidad gestora, que es una Mutua y no el INSS, no procedió a la invitación al pago –supuestamente por considerar que de la incapacidad temporal se excluye de este mecanismo–, pese a lo cual éste (el pago) se produjo por parte del trabajador. Y es que quizá el aspecto más delicado del régimen de la invitación al pago sea precisamente el determinar si es una potestad de la entidad gestora o una obligación, lo que es especialmente problemático cuando el pago de la prestación corresponde a una mutua. Desde nuestro punto de vista, de la redacción de lo dispuesto tanto en la LGSS, como en el RD/RETA y el RD/1273/2003, no cabe duda de que la entidad gestora está obligada a conceder esa especie de plazo de gracia de 30 días a los trabajadores. Por ello se considera que ante el incumplimiento –o inactividad– por parte de la mutua de esta obligación legal de invitación al pago, no se pueden derivar perjuicios al trabajador autónomo, que podrá realizar el pago de las cuotas atrasadas. Ahora bien, en estos casos, entendemos el trabajador que ingresa extemporáneamente las cuotas no puede hacerlo en cualquier momento, es decir, se habría de aplicar un límite temporal análogo al previsto para la invitación al pago, es decir de treinta días, siendo problemático determinar desde qué fecha.

Y esto es lo realmente criticable de la Sentencia aquí analizada, el que haya “despachado” de forma tan simple como es la existencia de un cambio normativo, lo que en si es evidente e indiscutible, un tema que en realidad es mucho más complejo y que late tras el cambio normativo. El problema de fondo que el TS ha obviado y que, además se ha planteado abiertamente por el trabajador, tal y como se desprende del relato de los antecedentes de hecho del propio TS –problema que, además, explicaría cierta judicialización del tema– es que cuando son las mutuas las que gestionan en la mayor parte de los casos las prestaciones de IT, la norma no contempla qué sucede cuando esta no procede a la invitación al pago –invitación que el INSS como práctica general sí había venido haciendo con normalidad–. No es que se quiera acusar a las mutuas de celo excesivo en la tutela de la eficiencia económica, pero lo cierto es que si depende sólo de una de las partes el juego de la invitación al pago (las mutuas), es lógico que éstas hagan un cálculo o valoración sobre el diferencial entre el

coste previsible de la IT y la cuantía adeudada en concepto de cuotas que, además, en ningún caso renunciarían a recaudar.

Con estas líneas simplemente se ha esbozado un problema que la gestión de la IT por las mutuas en el RETA puede seguir planteando (la obligatoriedad de cursar dicha invitación) y que una simple especificación legal o reglamentaria sobre el régimen de la invitación al pago solucionaría.