



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

LA RECAÍDA EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS AUTÓNOMOS: REQUISITOS EXIGIDOS

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2006

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una trabajadora incluida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que, con 10 años cotizados, entra en situación de incapacidad temporal. A resultas de la misma, el mismo mes en que inicia la incapacidad temporal solicita la baja voluntaria en el RETA. Dicho proceso se prolongó hasta que fue dada de alta por la Inspección Médica. Once días más tarde, se expidió un nuevo parte de baja médica «por recidiva de las dolencias antes indicadas», proceso que duraría hasta febrero de 2004. En diciembre de 2003, solicitó el pago directo de incapacidad temporal de la situación de «recaída», denegándolo la Entidad Gestora en base a que «no se encontraba en situación de alta ni asimilada, tal como exige el artículo 124 del Texto Refundido» de la LGSS.

RESUMEN: El Tribunal Supremo reitera que para el acceso a las prestaciones por incapacidad temporal es necesario el cumplimiento del requisito general de «estar afiliadas y en alta en este régimen con situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida» (art. 130 LGSS). Además, interpreta que cada uno de esos periodos de incapacidad temporal, que se extiende desde la expedición del parte de baja médica hasta el de alta inmediata siguiente, «constituye una nueva y diferente situación protegida», por lo que es preciso que al iniciarse el mismo el trabajador afectado cumpla todos los requisitos exigidos.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
2. NOTAS SOBRE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA MISMA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
3. LAS RECAÍDAS EN SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL
 - 3.1. Condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones de incapacidad temporal en caso de recaída
 - 3.2. El hecho causante en las situaciones de recaída

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA PROTECCIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

La protección en el RETA de la incapacidad temporal ha experimentado a lo largo del tiempo «una curiosa evolución zigzagueante», que ha oscilado de modo alternativo entre la ausencia, la obligatoriedad y la voluntariedad de su cobertura¹.

En la regulación inicial, el campo objetivo de prestaciones del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) no preveía la extensión de su cobertura protectora a las entonces llamadas prestaciones de incapacidad laboral transitoria².

La incorporación de ésta como situación protegida en el Régimen de autónomos se llevó a efecto, por vez primera y bajo la modalidad de mejora voluntaria, a través del RD 1774/1978, de 23 de junio, por el que se incluye la incapacidad laboral transitoria en el RETA, que dio nueva redacción al artículo 27.3 del Decreto 2530/1970, regulador de dicho Régimen Especial.

Con posterioridad, el Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, sobre ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el RETA, añadió al campo de aplicación objetivo del RETA, como contingencia de cobertura obligatoria, la situación incapacidad laboral transitoria. El régimen jurídico de las mismas o, dicho de otro modo, la forma en la que se preveía su otorgamiento, sería en los mismos términos y condiciones que los que regían en el Régimen General, aunque con algunas especialidades.

¹ Como indican DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 251.

² Es la Disposición Final Tercera. Uno de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, (B.O.E. 31-12-1994), de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, la que, tras el cambio normativo producido, recoge el de denominación: «Las referencias que en la legislación vigente se efectúan a las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional se entenderán realizadas a la situación de incapacidad temporal. Asimismo, las referencias que se efectúan a la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, se entenderán efectuadas a la situación de maternidad».



Pareciéndole insatisfactoria esta situación al legislador, se produjo una nueva regulación mediante la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, en cuyo artículo 104, se pasó de la protección obligatoria de la prestación de incapacidad laboral transitoria a una nueva configuración de carácter voluntario, de tal forma que los trabajadores autónomos sujetos a éste Régimen Especial pudieran optar entre acogerse a la cobertura por incapacidad laboral transitoria o excluirla del conjunto de prestaciones o acción protectora que les afecta³. Cuestión que, posteriormente a través de la DA 12.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación del seguro privado, se incluyó como nueva DA 11.ª de la LGSS, dejando meridianamente claro, en su apartado segundo el carácter optativo de la protección del subsidio de incapacidad temporal⁴.

Y aunque inicialmente en dicha DA 11.ª de la LGSS se establecía, que una vez decidida por el trabajador autónomo la cobertura de la prestación de incapacidad temporal, la libertad de optar entre formalizar el aseguramiento de esta protección por la Entidad Gestora correspondiente o con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Libertad de opción que duró muy poco, pues fue suprimida por la DA 14.ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por la que los trabajadores autónomos que solicitaran el alta en la Seguridad Social a partir de primeros de enero de 1998, y evidentemente optaran por protegerse en la contingencia de incapacidad temporal, tendrían que, obligatoriamente, formalizar convenio de asociación con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social⁵.

Junto a ello, ha de recordarse que la protección de los accidentes de trabajo producida por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduciendo la DA 34.ª de la LGSS, sólo permite la cobertura de estas situaciones si, de forma previa o simultánea, el trabajador autónomo ha optado por incluir dentro de la acción protectora que les cubre, la de incapacidad temporal. Lo que, en cierto

³ Desarrollado reglamentariamente por el RD 2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, agrarios y empleados del hogar.

⁴ LA DA 11.ª de la LGSS indica «2. En el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, así como por lo que respecto a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, los interesados podrán optar entre acogerse o no a la cobertura de la protección del subsidio por incapacidad temporal».

⁵ Y al mismo tiempo se restringe el derecho de opción de los que con anterioridad ya hubieran optado con anterioridad a dicha fecha por una Mutua, ya que sólo podrían modificar su opción a favor de otra entidad colaboradora.

modo, podría entenderse como una forma de promoción de la cobertura de esta prestación⁶.

Pero parece que esta cuestión no terminará ahí. El carácter potestativo de la protección de la incapacidad temporal de los trabajadores autónomos actual, quizás tenga los días contados. Como se recuerda, la Disposición Adicional 69.^a de la Ley 30/2005 de Presupuestos Generales del Estado estableció el plazo de un año al Gobierno para presentar al Congreso un Proyecto de Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo; proyecto que viene recogido en el Diario Oficial de las Cortes generales de 1 de diciembre de 2006, y en el que se vuelve a la obligatoriedad de la protección de la contingencia de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos, al menos, en el caso de los «económicamente dependientes»⁷.

2. NOTAS SOBRE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA MISMA DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Una vez que el trabajador autónomo ha decidido voluntariamente acogerse a la cobertura de la prestación de incapacidad temporal, el régimen jurídico que regula la misma es similar al establecido en el Régimen General, al que se remite, con las particularidades que irán apuntándose a continuación.

La incapacidad temporal es la cobertura que ofrece el sistema a los sujetos incluidos que se encuentren temporalmente impedidos para el trabajo

⁶ O «de hacer caja» ya que la cobertura conlleva un aumento considerable de los tipos de cotización; de un lado, el incremento en el tipo para la cobertura de la prestación de incapacidad temporal y, de otro, el de los tipos específicos de cotización por contingencias profesionales.

⁷ Según el art. 26 del Proyecto los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente la cobertura de las prestaciones por incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que, ex DA 3.^a, se producirá a primeros de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la Ley. Pero lo curioso es que la DA 3.^a que se refiere a la cobertura de estas contingencias de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, es mucho más beneficiosa, pues, obliga a todos los trabajadores del RETA, independientemente de que sean «trabajadores autónomo económicamente dependientes» o no, a incluirse en la protección por incapacidad temporal, desde esa misma fecha, y «siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social». Además, el Gobierno determinará «aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social».



y necesiten de asistencia sanitaria (art. 128 LGSS)⁸. Así pues, para que se conceda el derecho a la prestación por incapacidad temporal han de darse de forma conjunta las siguientes circunstancias: en primer lugar, que el trabajador se encuentre impedido para el trabajo, de forma no definitiva sino temporal, por causa de una alteración de su salud; en segundo lugar, que la causa de dicha incapacidad se deba a una enfermedad o un accidente, sean comunes o profesionales; y, finalmente, que el trabajador reciba asistencia sanitaria de los Servicios Públicos de Salud (o en el caso de las contingencias profesionales por parte de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social)⁹. Se exige, pues, que la alteración de la salud que conlleva el efecto incapacitante necesite de las prestaciones de asistencia sanitaria, como uno de los elementos del mecanismo protector.

Y es que la situación de incapacidad presenta en el sistema protector de la Seguridad Social un doble aspecto: de un lado, el déficit de salud del trabajador que repercute directamente en su aptitud para el trabajo y, de otro, la puesta en marcha de un instrumento o mecanismo jurídico que legitime o vincule a esa falta de capacidad laboral la concesión de una prestación económica sustitutoria de las rentas dejadas de percibir por no poderlo desempeñar de forma temporal¹⁰, y proteger la falta de recursos económicos¹¹ o para cubrir el vacío económico (*lucrum cesans*)¹².

Para recibir el subsidio que le corresponde, el individuo deberá cumplir los requisitos que se exigen legalmente. Por un lado, se exige el requisito común, para todos los casos, de que el que el trabajador se encuentre afiliado y en alta o situación asimilada (arts.124.1 y 130 de la LGSS). Por otro lado, además, tratándose de una enfermedad común se exige un requisito adicional recogido en el art. 130 a) LGSS, que no es otro que tener un período previo de cotización de 180 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante. Para accidente, sea o no laboral y para enfermedad profesional no hace falta período de carencia.

⁸ Se entiende también como incapacidad temporal los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

⁹ Véase PÉREZ ALONSO, M.A. en *La incapacidad temporal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 19. Y en sentido similar la STS de 11 de diciembre de 2001, Ar. 2113.

¹⁰ Como indica en similar sentido, DUEÑAS HERRERO, L.J., en «Contingencia y prestación de incapacidad temporal», en AAVV, Coord. Blanco Martín, J.M., *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 43.

¹¹ Así lo dice, BERROCAL JAIME, A, en *El proceso sobre incapacidad temporal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 7.

¹² En este sentido, GARCÍA NINET, J.I., «La incapacidad temporal», en AAVV, Coord. Ojeda Avilés, *La incapacidad temporal*, Tecnos, 1996, pág. 19.

En el ámbito del trabajo autónomo sujeto al RETA se exigen dos requisitos más, comunes, para tener derecho a la prestación de incapacidad temporal: de un lado, hallarse al corriente del pago de las cuotas y por otro lado, el llamado régimen de control¹³.

Por lo que se refiere al hallarse al corriente en el pago de las cuotas, la DA 39.^a de la LGSS, añadida por el art. 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social¹⁴, es la que en la actualidad exige el requisito de hallarse al corriente del pago de cuotas de los trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, como son los autónomos, para el acceso y reconocimiento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (entre las que, evidentemente, se encuentran las de incapacidad temporal), procediendo, en caso de no estarlo, a la invitación al ingreso establecida en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970¹⁵.

Por lo que se refiere al régimen de control, se establece la obligación para los trabajadores autónomos que se hallen en situación de incapacidad temporal de presentar ante la Entidad Gestora o colaboradora declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento del que sea titular, o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad que se trate. El incumplimiento de dicha obligación acarreará la suspensión cautelar en el abono la prestación y el inicio de las actuaciones administrativas tendentes a verificar si en el interesado concurren o no los requisitos que condicionan el acceso y el percibo de esta prestación.

Junto a ello, las diferencias en el RETA de las prestaciones de incapacidad temporal, además de las situaciones asimiladas al alta específicas que más abajo se verán y a los requisitos más arriba apuntados, pueden señalar-

¹³ En profundidad, véase DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. «La Seguridad Social de los trabajadores autónomos», *op. cit.*, págs. 256 a 261.

¹⁴ En el mismo sentido, que un par de meses antes se recogía en el art. 12 del RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos incluidos en el RETA y la ampliación de la prestación de incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

¹⁵ Evidentemente, si no se atiende a la invitación no se podrá acceder a las prestaciones. En cambio, si se ingresan las cuotas debidas en el plazo de 30 días naturales desde la «invitación», se considerará que el interesado estaría al corriente a efectos de la prestación de incapacidad temporal. Por el contrario, si para el ingreso de las deudas se excede dicho plazo se concederá la prestación rebajada en un 20%. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha indicado que para que surta efectos el mecanismo de invitación es necesario que se refiera a beneficiarios que ya tuvieron cubierto el periodo de carencia para el acceso a la prestación ya que «nunca el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia exigida» (SSTS de 7 de febrero de 1992, Ar. 955 y 26 de enero de 1994, Ar. 379, entre otras). Nuevamente, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I. «La Seguridad Social de los trabajadores autónomos», *op. cit.*, pág. 260.



se como los siguientes: la prestación solo se otorgará si voluntariamente se han acogido a la protección de incapacidad temporal; ésta solamente podrá obtenerse a causa de un accidente de trabajo si el trabajador también optó por dicha contingencia; las prestaciones por contingencias comunes el subsidio durante los primeros 15 días de la baja (a causa de inexistencia de empresario) corresponde a la Entidad Gestora o a la Mutua; por la misma causa anterior, no existe pago delegado sino que siempre será directo; y, finalmente, para los «nuevos emprendedores» (y algunos de los antiguos que así lo eligieron), esto es, los dados de alta a partir de enero de 1998, la entidad que cubre las prestaciones será siempre la Mutua.

3. LAS RECAÍDAS EN SITUACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL

El elemento esencial de discusión, al menos así lo dice el mismo Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta al explicar la controversia con la de contraste, es que se adopta distinta doctrina en el mismo supuesto: el trabajador tiene una primera situación de incapacidad temporal que se inició estando en alta en la Seguridad Social y que concluyó por alta médica expedida por facultativos de la misma y una segunda situación de incapacidad temporal, que se inició antes de que pasasen seis meses desde la anterior alta médica, generada por recaída de las anteriores dolencias, que se inició antes de que pasasen seis meses desde la anterior alta médica, pero que tuvo lugar cuando el interesado ya no estaba en alta ni en situación asimilada a la del alta»¹⁶.

Así pues, nos encontramos ante una situación de recaída, cuyo concepto no es «pacífico»¹⁷ (ni tampoco sus efectos jurídicos a tenor de lo que puede verse en los Tribunales), lo que quizás pueda deberse a que la regulación realizada por los artículos 128. 2 de la LGSS y 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, reguladora de las prestaciones de incapacidad tempo-

¹⁶ Desde luego, la sentencia de contraste no parece la más indicada para acudir solicitar la unificación de doctrina y ello porque se trataba de un trabajador por cuenta ajena (aquí lo es por cuenta propia) en una situación algo diferente, ya no solo por las posibilidades de encontrarse en situación asimiladas a la de alta, que son mucho más limitadas en el RETA, sino porque dicho trabajador había impugnado el alta médica en vía judicial y le había sido denegada (lo cual le dio la oportunidad de defenderse frente a una resolución adversa, cosa que aquí no ocurrió) y se enmarcó en un proceso de solicitud de prestación de incapacidad permanente; amen de haber cobrado prestación de desempleo durante una parte del período que mediaba entre las dos situaciones de incapacidad temporal.

¹⁷ Así lo califica BARBA MORA, A., en *La incapacidad temporal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 69.

ral, que es parca y escasa¹⁸, y que ha tenido que interpretarse en numerosas ocasiones por los Tribunales.

En principio, la situación de recaída se conecta con la duración máxima del período de incapacidad temporal, ya que para el cómputo del mismo, como reza el art. 128.2 de la LGSS, se tendrán en cuenta los períodos de recaída. Refiriéndose a la duración del proceso de incapacidad temporal, el art. 9.1 segundo párrafo de la Orden de 13 de octubre de 1967, indica que si el proceso de incapacidad temporal se viere interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad.

Con estos elementos tendrán que dilucidarse las situaciones de los trabajadores que habiendo entrado en situación de incapacidad temporal y fueron dados de alta por «aparente» curación, son nuevamente dados de baja en un período relativamente cercano en el tiempo, teniendo que determinarse si tales situaciones son o no recaídas o reanudaciones del anterior proceso o si se trata de un proceso nuevo, distinto e independiente del anterior.

Como puede verse, son dos los elementos esenciales que nos ofrece la norma para su interpretación: el temporal y el causal¹⁹. El temporal puesto que para que exista recaída ha de producirse un proceso de incapacidad temporal dentro de un plazo de 6 meses desde que se le dio el alta médica en el anterior²⁰. Con ello, viene a resolverse la histórica pugna entre la «recaída en la incapacidad»²¹ y la «recaída en la enfermedad»²², como las llama Sala

¹⁸ En este sentido, GARCÍA NINET, J.I, en «La incapacidad temporal», *op. cit.*, pág. 34.

¹⁹ Como indica JOVER RAMIREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 72.

²⁰ No creo que pueda justificarse la exigencia de que se produzca en los seis meses siguientes, como se ha dicho por parte de la doctrina (DUEÑAS HERRERO, *op. cit.*, pag. 73 o PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pág. 55 en nota) o de la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de mayo de 1979; STSJ de Valencia de 6 de marzo de 1991, Ar. 2006 ó STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 1991 Ar. 5606), en que durante dicho tiempo «no se acredita cotización suficientes para generar un nuevo derecho al subsidio de incapacidad temporal» y ello porque, de un lado, los procesos que provienen de contingencias profesionales o de accidente no laboral no exigen dicho requisito y, en segundo lugar, por que las cotizaciones exigidas en caso de enfermedad común lo son dentro de los 5 años inmediatamente anteriores, por lo que si las tuvo en el anterior proceso, las seguiría teniéndolas en el actual (a no ser que hayan pasado más de cuatro años y medio sin cotizar), esto es, no ocurre como para las prestaciones por desempleo en el las cotizaciones usadas para la apertura de un derecho se consumen y no sirven para uno posterior.

²¹ Se entenderían como recaídas las bajas por enfermedad producidas dentro de los seis meses siguientes al alta anterior.

²² Se entenderían como recaídas solamente las bajas por enfermedad que se produjeran dentro de los seis meses siguientes al alta anterior cuando se tratara de la misma o similar enfermedad y no en caso contrario.



Franco²³, abandonándose la inicial doctrina de aplicación del principio de valoración conjunta de las contingencias, lo que suponía la acumulabilidad de los distintos procesos de incapacidad temporal, que aun por distintas causas se originaran a un sujeto, siempre que no se hubiera interrumpido el primero por un tiempo superior a seis meses.

El punto de inflexión se produce con la STS de 8 de mayo de 1995²⁴ (Ar. 3755) en la que, además del elemento temporal se exige el causal, ya que como indica «es claro que el término ‘recaída’ obedece al significado de caer nuevamente enfermo en la misma dolencia, a quien estaba convaleciente o había recobrado su salud». Así pues, no cualquier situación de alteración de la salud producida dentro de los seis meses siguientes a un alta médica de una situación de incapacidad temporal podrá calificarse como «recaída», será necesario que tenga una relación directa e inmediata, causal, con la patología que abrió el anterior proceso. Y es que «recaída quiere decir caer nuevamente enfermo por la misma dolencia, por lo que no procede la acumulación cuando la causa de incapacidad obedezca a enfermedad distinta»²⁵.

Por supuesto, no cabe entender como situación de recaída cuando la patología que recidiva no dio lugar en el momento de su manifestación inicial a prestación de incapacidad temporal. Ya que la consideración conjunta de los periodos de incapacidad temporal subsidiada (recaída) «es una ficción legal encaminada a evitar una prolongación excesiva de subsidio de incapacidad temporal en los supuestos de enfermedades recidivantes, [que] pierde su razón de ser cuando el asegurado no ha percibido tan subsidio en la manifestación inicial de la dolencia»²⁶. Esto es, lo que ocurre es que se inicia en estos casos un primer proceso de incapacidad temporal ya que el Tribunal Supremo entiende de forma separada las situaciones de alteración de la salud que tan derecho a una prestación de incapacidad temporal y las que, por no cumplirse los requisitos exigidos, no generan prestación. Por ello entiende que podrá el trabajador acceder al subsidio de incapacidad temporal si cuando lo hace dispone del periodo de carece exigido, aún cuando

²³ En *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, op. cit., pág. 110.

²⁴ Un comentario a la misma puede verse en FERNÁNDEZ PRATS, C «Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995), *Tribuna Social*, núm. 62, 1996.

²⁵ SSTs de 10 de diciembre de 1997, Ar. 9311 y de 17 de abril de 1998, Ar. 2691. El sentido parecido, STS de 26 de septiembre 2001, Ar. 3261. No pudiendo «calificarse como recaída a nuevo proceso de baja médica y laboral, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, cuando responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada con anterioridad» (STS de 23 de julio de 1999, Ar. 6465).

²⁶ STS de 18 de febrero de 1999.

la anterior baja por incapacidad temporal²⁷, referida al mismo o similar proceso patológico, no hubiere dado derecho a tal prestación por falta de carencia o alta.

3.1. Condiciones y requisitos para acceder a las prestaciones de incapacidad temporal en caso de recaída

Aunque el requisito de alta o situación asimilada en otras prestaciones ya dejó de ser obligatorio, lo cierto es que para acceder al subsidio de incapacidad temporal todavía sigue siendo imprescindible²⁸. Y es que, de lo dicho anteriormente, se infiere que para acceder a la prestación por incapacidad temporal han de cumplirse los requisitos de alta o asimilación al alta y, en su caso, de periodo de carencia, de conformidad con los artículos 124 y 128 de la LGSS. El Real Decreto 84/1996 establece la obligación para los trabajadores por cuenta propia o autónomos de solicitar el alta en el RETA desde el momento en que concurran en ellos las condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación del sistema.

El alta, como acto de encuadramiento, no es otra cosa que la formalización de la relación jurídica de Seguridad Social, determinando que el trabajador se encuentra en activo y, por ello, pertenece o se incluye en el ámbito de protección del nivel contributivo, para que cuando cumpla con el resto de los requisitos para acceder a las prestaciones del sistema.

Tiene el alta, según se ha dicho dos funciones principales: por un lado, la de control, información y transferencia inicial de responsabilidades en orden a la acción protectora y, por otro, la de un requisito de acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social²⁹.

Respecto a la función que la configura como un requisito para el acceso a las prestaciones, parece excesiva su pervivencia ya que no puede mantenerse, en el momento actual, la doctrina que establece que la exigencia de éste se sustenta en la consecución del «equilibrio financiero del

²⁷ SSTS de 10 de diciembre de 1997, Ar. 10031 y de 23 de julio de 1999, Ar. 6465, y es que sería contrario a los principios de proporcionalidad y de eficacia y utilidad de las cotizaciones «una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal, por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, al defecto inicial se prolongue indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplidos los requisitos a habilitantes...».

²⁸ Como indica BARBA MORA, A., *Incapacidad temporal, op. cit.*, pág. 32.

²⁹ Como indica BARRIOS BAUDOR, G.L., en *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 41.



sistema»³⁰, llegándose a afirmar que su supresión es una exigencia para acomodar nuestro de Seguridad Social a la realidad internacional³¹.

Quizá por ello, en distintas reformas de la Seguridad Social, se ha ido relajando la exigencia de este requisito, llegándose a eliminar respecto de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente absoluta, gran invalidez, viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares. Esto es, sólo respecto de pensiones a las que, como contrapartida, se exige un importante esfuerzo de contributividad por parte del beneficiario o del causahabiente, estableciéndose para la mayoría de ellas un periodo de carencia «ad hoc»³².

Además, desde antiguo, el legislador flexibiliza los requisitos del alta a través de mecanismos como la asimilación al alta o el alta presunta, configurándose el primero con una ficción jurídica por la cual habiendo cesado el trabajador de forma temporal o definitiva en su puesto de trabajo se le considera el alta formal para el acceso a las prestaciones y el segundo, como también es conocido, se configura como una fórmula de atribución de responsabilidades en materia de prestaciones a los empresarios incumplidores de sus obligaciones respecto del encuadramiento o la cotización (e independientemente de que funcionen mecanismo de garantía frente de insolvencia empresarial, como el principio de automaticidad de las prestaciones).

Evidentemente, el alta presunta no juega en el RETA, ni en los Regímenes donde el propio trabajador es el obligado a encuadrarse y cotizar. Por lo que, de los distintos dispositivos legales relativizadores del alta³³, es el de la asimilación al alta el que mayor incidencia puede tener respecto de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA.

Como no es éste el momento más indicado para analizar las situaciones asimiladas a las del alta, vamos a centrarnos en las que hubieran podido afectar a la situación de recaída de un trabajador autónomo que en este segundo momento se hubiera dado de baja, como acto de encuadramiento, en el RETA, que es precisamente la situación que se analiza en la sentencia que se comenta.

Pues bien, son dos, de entre las posibles, las situaciones asimiladas a la del alta que podrían haberse observado en un supuesto como el que nos ocupa: de un lado, la situación asimilada al alta por encontrarse dentro de los 90 días siguientes al cese de actividad y, de otro lado, la asimilación al alta en los casos de suspensión de la actividad por enfermedad o accidente.

³⁰ Ello dependerá que las aportaciones previamente realizadas que configuran el nivel de contributividad.

³¹ Nuevamente, BARRIOS BAUDOR, G.L., en *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, op. cit., pág. 47.

³² Que coincide en 15 años de cotización.

³³ Como los denominan DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A. en su *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1979.

a) La asimilación al alta dentro de los 90 días siguientes al cese de la actividad de los trabajadores del RETA se encuentra regulada en el art. 36.1.15 del RD 84/1996 y conlleva un período de asimilación de 90 días naturales a contar desde el último día del mes natural en el que se produjo la baja en este Régimen. Independientemente de cuál sea su fundamento, en relación a ella se van a plantear una cuestión importante: ¿cuáles son las prestaciones a las que alcanza?

En las propias normas del RETA se determina que la asimilación se produce de forma genérica «a efectos de poder causar derecho a prestaciones y obtener otros beneficios del sistema» (art. 29.1 Decreto 2530/1970 del RETA), lo que da a entender, a mi juicio sin duda, que deben quedar incluidas todas las que forman parte del contenido de la acción protectora de este régimen. Pero, a pesar de ello, el Tribunal Supremo mantiene la tesis de que esta situación no es aplicable a las prestaciones de incapacidad temporal ya que esta prestación no se encontraba originariamente dentro del catálogo de las prestaciones ofrecidas por el RETA³⁴, cuando con argumentos parecidos en sentencias anteriores mantuvo esta situación como válida para las prestaciones por maternidad³⁵.

Este supuesto no es de aplicación en el supuesto que nos ocupa pues la trabajadora se dio de baja voluntariamente el mismo mes en que entró en situación de incapacidad temporal y estuvo casi seis meses en situación de incapacidad temporal (y dada de baja como acto de encuadramiento), estando la recaída fuera de este período de 90 días.

b) La asimilación al alta en los casos de suspensión de la actividad por enfermedad o accidente se recoge, por su parte, en el artículo 73 del Decreto 2530/1970 del RETA. El origen de esta asimilación era la inicial inexistencia dentro de la acción protectora del RETA de las prestaciones de incapacidad temporal. Según la doctrina, en la medida en que la actualidad se contempla la situación de incapacidad temporal, aunque con carácter voluntario, esta situación asimilada se mantendría para los trabajadores no acogidos a la cobertura por incapacidad temporal e incluso también podrían acceder a ella los que, habiendo optado por su cobertura, no reúnan los requisitos del hecho causante³⁶.

³⁴ En Sentencia de 26 de octubre de 2001, Ar. 2359, tesis que mantiene y repite en la de 20 de enero de 2003. Una acertada y brillante crítica de esta tesis jurisprudencial puede verse en CERVILLA GARZÓN, M.J. en *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de la Seguridad Social*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2005, págs. 356 y 357.

³⁵ SSTs de 29 de abril de 200 y 10 de diciembre de 2002.

³⁶ Como indica BALLESTER PASTOR, I., en «Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: las actuales peculiaridades en materia de acción protectora», *Documentación Laboral*, núm. 69, 2003, pág. 67.



Es cierto, como dice Cervilla Garzón³⁷, dado que la norma no hace referencia al «cese» en la actividad sino a la «suspensión» de la misma, debe interpretarse que no están contemplados aquellos supuestos en los cuales se produce el cese total en la actividad, con la consiguiente solicitud de baja en la declaración censal o licencias necesarias para su ejercicio. Pero, ha de recordarse que para la mayoría de los trabajadores autónomos, empresarios individuales, entrar en situación de incapacidad temporal supone realmente un «cese» en la actividad ya que al ser práctica común acogerse a la base mínima de cotización, la prestación de incapacidad temporal viene a ser bastante reducida y si además de ello tienen que seguir cotizando a la Seguridad Social, las rentas finales serán más que insuficiente para subsistir. Ha de recordarse además, la obligación para los trabajadores autónomos que se hallen en situación de incapacidad temporal de presentar ante la Entidad Gestora o colaboradora declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento del que sea titular, o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad que se trate. Siendo lo más fácil, por las implicaciones fiscales que conlleva, el cese definitivo.

Desde luego esto parece que es lo que pasó en el caso que nos ocupa, la trabajadora autónoma en el mismo mes en que entró en situación de incapacidad temporal (tras 11 años de alta en el mismo) se dio de baja, quizás a causa de algunas de las motivaciones (evitar gastos de cotización detrayéndolos de los ingresos de la prestación de incapacidad temporal, fiscales o de obligación de comunicar el sustituto). El problema en tal caso se habría resuelto con darse de alta en el mes de agosto, ya que tenía todo el mes para ello, pero no lo hizo así. Y es que no pudo hacerlo puesto que, dada de alta el 31 de julio, sólo 11 días más tarde ya se encontraba nuevamente de baja por incapacidad temporal. Motivo más que suficiente para que hubiera podido entenderse que se encontraba en situación asimilada a la del alta, en caso de que pudiera entenderse que el «cese» en la actividad de autónomo era «temporal», lo que podría entenderse como una suspensión.

3.2. El hecho causante en las situaciones de recaída

El hecho causante es la actualización de la contingencia protegida, la que produce la situación de necesidad objeto de la protección del sistema «que incide sobre los individuos que, por reunir los requisitos exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la protección»³⁸. Esto es,

³⁷ En *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 353.

³⁸ En este sentido ALMANSA PASTOR, J.M, *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, pág. 322.

es el momento a partir del cual el ordenamiento permite que el sujeto incluido en el sistema de protección del sistema pueda solicitar una prestación, que será concedida en el caso de que se cumplan los requisitos específicos de las mismas.

Pero uno de los puntos más complejos y problemáticos es el de la determinación del momento temporal en que queda referido el hecho causante, que es en principio el de la actualización de la contingencia. Como ha dicho Olarte Encabo, ha de ponerse de manifiesto, a modo de reflexión general, «la dificultad en su determinación en determinados casos y la falta de un criterio unitario en para todo el sistema que viene motivada por la creciente sustitución de criterios de realidad por criterios objetivos o administrativos, en contingencias en que es difícil aislar un momento determinado o en que se imponen estrictas razones de control y limitación de las prestaciones»³⁹.

Y la situación de la recaída en incapacidad temporal es precisamente uno de ellos. Como es conocida, por consolidada, la doctrina del Tribunal Supremo relativa al momento temporal en el cual se exige el cumplimiento del alta para acceder a las prestaciones, habiéndose de atender al momento «en que sobrevino la contingencia determinante de la situación protegida»⁴⁰, es decir, «cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante»⁴¹.

La exigencia de alta, pues, hay que referirla al momento de sobrevenir la contingencia determinante de la situación protegida, entendiendo por tal el de la producción del riesgo o proceso patológico y no aquel posterior en que, mediante solicitud del trabajador (ya que no es nada común que la Entidad Gestora actúe de oficio) se inicie el procedimiento para la concesión de la prestación⁴².

Parte de la doctrina española, apoyada en pronunciamientos judiciales, estima que si el trabajador, tras el alta médica, ve extinguida su relación laboral (o, para nuestro caso, su actividad profesional) por la causa que fuere, y dentro del plazo de seis meses renaciera la dolencia, cabría estimar el derecho sin exigirle nuevos requisitos⁴³. Ya que en realidad lo que aquí ocurre no es otra forma que una suspensión del proceso inicial de incapacidad temporal (el art. 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 habla de «interrupción»). Y es que entendiendo la recaída no como un nuevo proceso, sino como una continuación del anterior, no tendrá que exigirse ningún requisito

³⁹ En *El Derecho a prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, págs. 147 y 148.

⁴⁰ *Vid.* SSTS de 16 de abril de 1999, Ar. 4425 y de 26 de enero de 1998, Ar. 1056.

⁴¹ En este sentido, STS de 19 de diciembre de 1996, Ar. 1885.

⁴² Así, BARRIOS BAUDOR, G.L., en *Las situaciones asimiladas al alta el sistema español de Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 67.

⁴³ En este sentido, por todos, GARCÍA NINET, J.I., en «La incapacidad temporal», *op. cit.*, pág. 37 y BARBA MORA, A., en *Incapacidad temporal*, *op. cit.*, págs. 72 y 73.



nuevo, pues ya se cumplieron cuando se inició el proceso de incapacidad temporal.

Por lo que se refiere a la doctrina judicial, desde luego, no parece oportuno acudir a los pronunciamientos de las salas de los Tribunales Superiores de Justicia, por la profusa casuística y contradictoria, en no pocos casos, en la aplicación del derecho⁴⁴. Pero, como a continuación se verá, tampoco lo tiene demasiado claro el Tribunal Supremo.

Junto a los dispositivos «relativizadores del alta» creados por el legislador, la jurisprudencia ha añadido, en numerosas ocasiones, uno interpretativo de mucha importancia: el requisito de estar en alta o situación asimilada a la del alta no debe ser exigido en todos los casos con rigor formalista, sino acorde con la realidad de cada supuesto y tendente a paliar el real infortunio de los trabajadores. Así pues, la interpretación humana, flexible e individualizadora del requisito del alta ha permitido acceder a prestaciones desde situaciones de no alta ni asimilada, aunque no es un criterio que ha de aplicarse de forma generalizada sino que será el Tribunal el que determine su aplicación cuando concurren determinadas circunstancias concretas. Y es que «tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que pueden restringir derechos individuales deben ser interpretados de formar restrictiva»⁴⁵.

La STS 18 de febrero de 1999, en la interpretación del art. 128. 2 de la LGSS y 9.1 párrafo segundo de la Orden de 13 octubre de 1967, sobre recaída, tras indicar que los mismos se refieren «no a los requisitos del derecho la prestación sino al cómputo de la duración de la misma» mantiene «la consideración en los citados preceptos como hecho causante de la incapacidad temporal de la dolencia inicial, a efectos de cómputo conjunto de los periodos de incapacidad subsidiada». Evidentemente, no puede haber más de un hecho causante, sería impensable establecer una fecha del hecho causante para el cómputo conjunto de los períodos de incapacidad a efectos de la duración máxima y otro, por ejemplo, quizás, para la determinación de los requisitos exigidos⁴⁶. Más aún, la STS de 5 de julio de 2000 procedió a

⁴⁴ Al respecto véase FERNÁNDEZ URRUTIA, A. en *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, págs. 48 y siguientes.

⁴⁵ Como indica la STS de 23 de julio de 1999, Ar. 6465.

⁴⁶ A conclusión distinta llega JOVER RAMÍREZ, C. ya que indica que «Dicho pronunciamiento nos permite concluir que el momento en que deben reunirse los requisitos para tener derecho a la prestación por incapacidad temporal es aquel en el que comienza el proceso en sí, sea el primero o el de recaída en su caso; siendo ello independiente del periodo de duración que reste para la percepción de la prestación económica en el proceso de recaída dependiendo del que haya sido agotado en proceso anterior, si es que ha sido percibido» en *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 74.

reconocer el derecho a la prestación económica en la recaída sin reunir los requisitos, si en el primer proceso se generó el mismo al cumplirlos en tal momento, considerando que «estamos ante un período único y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, y el alta básicamente, conserva durante la segunda baja médica, toda su virtualidad».

La STS de 6 de julio de 2006, objeto de este comentario, da un paso atrás. Atendiendo a la naturaleza contributiva de la prestación y atendiendo a la finalidad de este subsidio, «la solución lógica a la situación planteada no puede ser otra que la de entender que la prestación había de estar conectada con la situación más próxima a la de la última baja». Dejando patente que en el momento en que se inicia cada período de baja es necesario que el trabajador cumpla los requisitos precisos para obtener la correspondiente prestación. Y siguiendo a la STS de 20 de octubre de 2003 se recuerda que la finalidad de la prestación de incapacidad temporal «no es otra que la de suplir con aquella prestación la falta de rentas derivadas de una situación de baja laboral»⁴⁷, rechazando o evitando «que se produzca una situación totalmente rechazable en cualquier tipo de aseguramiento, cual es que un asegurado pueda percibir ante cualquier situación de baja laboral satisfacción económica superior a la que le correspondería de no haberse producido la misma» (¿Es que pervive aún el principio de sinalagmaticidad de las prestaciones, tras la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto?).

Es cierto que las prestaciones de incapacidad temporal son rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir (en el caso de los autónomos del RETA, de las bases de cotización elegidas para su protección), pero ha de recordarse que el legislador las ha configurado de forma muy diversa ya que permite la obtención de las mismas incluso aún cuando se haya extinguido el contrato de trabajo (situación que supone una satisfacción económica superior a la que correspondería). Teniendo en cuenta especialmente en el caso que nos ocupa que las llamadas «rentas de sustitución» siempre son ficticias en el ámbito del RETA ya que es el trabajador el que elige las bases correspondientes.

Además, no hay en este caso una «satisfacción económica superior» ya que es la misma «satisfacción» inicial de cuando se puso enferma por vez primera. Efectivamente, la situación de incapacidad temporal trata de suplir la falta de rentas derivadas de una situación de baja laboral pero la baja la-

⁴⁷ Aspecto que ha sido muy remarcado por la doctrina que reconoce que la incapacidad temporal produce no solamente un aumento en los gastos tendentes a la recuperación de la salud, provocados por la alteración misma, sino además un defecto de ingresos consecuente con los efectos incapacitantes que le impiden la obtención de rentas, en este sentido, TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*. Fundación MAPFRE, Madrid, 1996, págs. 11 y 17.



boral se produce por una enfermedad en un tiempo que la trabajadora cumplía los requisitos. En los casos de recaída, como el que se analiza, el proceso patológico comienza en un momento anterior y el motivo de la existencia de la recaída no es otro que una defectuosa gestión de la asistencia sanitaria que no ha curado debidamente al trabajador⁴⁸, siendo curioso que, en el caso que nos ocupa, tras ser dada de alta por la Inspección Médica, sólo 11 días más tarde, el mismo Servicio Público de Salud, emite un nuevo parte de baja por recidiva en sus «dolores, vértigos y mareos». Y es que, como es conocido, son distintos los intereses de los inspectores médicos y de los médicos de atención primaria, este último, conoce al paciente, lo trata y sabe como es su situación médica real, el inspector médico reconoce al paciente y muchas veces, como lo demuestra la cantidad de pleitos por altas indebidas en los que se resuelve determinando el error de la Entidad Gestora, propone su alta sin haber realizado un seguimiento cotidiano y personal del trabajador enfermo y de los padecimientos que sufre (como pudo hacerlo y lo hace el médico de atención primaria), dándose en muchos casos altas «precipitadas» en la idea de la existencia de una generalización del fraude en las prestaciones por incapacidad temporal sobre todo de aquellos que sobrepasan los períodos temporales previstos en los protocolos para la curación de las patologías. O sea que, finalmente, quien paga la ineficaz gestión de la Administración sanitaria es finalmente el trabajador.

En coherencia con ello, ha de decirse que no estamos hablando de un nuevo proceso de incapacidad temporal, sino de una recaída en la misma enfermedad anterior que los Servicios Públicos de Salud han errado en su curación (o realmente la Inspección Médica dio el alta indebida). Pero, es que además, esta situación crea un precedente importante del que puede aprovecharse la Administración de la Seguridad Social para ahorrar costes y sobre todo las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Mucho más dura que la doctrina de esta Sentencia es la opinión de una parte de la doctrina, apoyada también en sentencias del Tribunal Supremo al respecto, que es contraria a una flexibilidad en la estimación de la existencia de los requisitos necesarios para generar el derecho a la prestación, «con la única finalidad de paliar la situación de necesidad existente. Ciertamente la situación necesidad existe pero lo que no se debe permitir es recurrir a la prestación económica derivada de incapacidad temporal para suplir tal situación sean cuales sean sus características, vaciando de contenido tal prestación mediante la diversa aplicabilidad de sus requisitos dependiendo

⁴⁸ De «curación aparente» la llama BARBA MORA, A, en *Incapacidad temporal, op. cit.*, pág. 70.



de cuál sea la que más beneficie a sujeto»⁴⁹. Primero, porque como anteriormente se dijo, desconoce la no exigencia del requisito de alta reconocido en los textos internacionales, como anteriormente se apuntó; segundo, porque con ello se daría la «puntilla» a un agonizante principio «pro beneficiario» (o interpretación humana y flexible); tercero, porque es imposible vaciar de contenido una prestación de incapacidad temporal, cuando lo que se trata de proteger a una persona que se encuentra enferma y ha cotizado previamente; y cuarto, porque el sistema público de Seguridad Social que consagra el artículo 41 de la CE lo es para garantizar prestaciones sociales suficientes «ante situaciones de necesidad».

⁴⁹ Como dice JOVER RAMIREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 77.