

Id Cendoj: 35016340012006101125
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 1
Nº de Recurso: 1568/2003
Nº de Resolución: 1098/2006
Procedimiento: Recurso de suplicación
Ponente: JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA
Tipo de Resolución: Sentencia

En Las Palmas de Gran Canaria , a 28 de Septiembre de 2006.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS formada por los Ilmos. Sres D./Dña. Humberto Guadalupe Hernández Presidente, D./Dña. Mª Jesús García Hernández y D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda (Ponente) Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia de fecha 25 de junio de 2003 dictada en los autos de juicio nº 252/2000 en proceso sobre SEGURIDAD SOCIAL AFILIACION-ALTA-BAJA Y COTIZACIÓN , y entablado por D./Dña. Ana , contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SAT JULIANO BONNY GÓMEZ Nº 9592, SERVICIO CANARIO DE SALUD, Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

El Ponente, el Ilmo./a Sr./a. D./Dña. Juan José Rodríguez Ojeda , quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- La demandante Dña. Ana ha venido trabajando como empaquetadora fija discontinua por cuenta y dependencia de la empresa SAT 9592 Juliano Bonny Gómez, dedicada a la actividad del empaquetado de tomates, y afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, causando baja el 5 de mayo de 1999.

SEGUNDO.- La actora debida a enfermedad común por padecer dorsalgia y **fibromialgia** , causó baja médica el 26 de enero de 1998, siendo dada de alta el 22 de julio de 1999, por propuesta de invalidez, percibiendo durante ese tiempo subsidio por IT a razón del 60 y 75 por 100 de una base reguladora diaria de 3671 pesetas.

TERCERO.- El 26 de agosto de 1999 el EVI emitió informe en el sentido de estimar que la actora padecía **fibromialgia** , artrosis de rodillas, osteoporosis con tratamiento hormonal sustitutorio, angioma cavernoso silviano izquierdo, denegándose la declaración de incapacidad permanente, por resolución del INSS de 19 de octubre de 1999, dejándosele de abonar el subsidio por incapacidad temporal a partir de ese momento. La actora comenzó a trabajar de nuevo para la empresa codemandada el 22 de noviembre de 1999 causando baja por fin de zafra el 19 de mayo de 2000.

CUARTO.- El 6 de marzo del 2000 la demandante causa nueva baja médica por enfermedad común por padecer gonalgia mecánica y depresión en tratamiento por el equipo de Salud Mental, al sufrir pérdida de concentración, desorientación y ansiedad.

QUINTO.- La actora solicitó del INSS el pago del subsidio de incapacidad temporal por la última baja, denegándola el ente gestor por considerar que debía computarse con el anterior iniciado el 26- 1-98 y tratarse del mismo proceso.

SEXTO.- La reclamación previa no consta haya sido resuelta expresamente.

SÉPTIMO.- La empresa ha abonado a la actora la cuantía de 158,85 euros en concepto de subsidio de incapacidad temporal por los días correspondientes desde el 4 al 15, conforme a la sentencia que se dictó el 11 de julio de 2000.

OCTAVO.- El período reclamado y que se concreta en este acto es el comprendido entre el 6-3- 2000 a la fecha del alta.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: Que estimo la demanda interpuesta por Dña. Ana contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Sat Juliano Bonny Gómez Nº: 9592 y SERVICIO CANARIO DE SALUD, y declaro que la actora tiene derecho a percibir en concepto de incapacidad temporal el período de baja iniciado el 6-3-2000 a la fecha del alta, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y condeno a la empresa SAT Juliano Bonny Gómez nº 9592 al período del cuarto al decimoquinto día sin perjuicio de la compensación en el pago y al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social al resto de días hasta la fecha del alta, en la cuantía y porcentajes legalmente establecidos de la base reguladora de 22,06 euros diarios

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora trabajaba como empaquetadora de tomates cuando inició proceso de incapacidad temporal el 26-1-1998 por padecer dorsalgia y **fibromialgia** y alta el 22-7-1999 por propuesta de invalidez, denegándole el INSS la incapacidad permanente. Continuó trabajando y el 6-3-2000 causó nueva baja médica por padecer gonalgia mecánica y depresión en tratamiento por Salud Mental, al sufrir pérdida de concentración, desorientación y ansiedad. La actora en su demanda reclama se le abone el segundo periodo de incapacidad temporal y la sentencia estima la demanda .

Frente a la misma se alza el INSS mediante el presente recurso de suplicación, articulado a través de motivos de revisión fáctica y de censura jurídica a fin de que, revocada la de instancia sea desestimada la demanda .

SEGUNDO.- Por el cauce del *apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral* solicita el INSS con base a prueba pericial y documental la modificación del ordinal cuarto para que se le añada lo siguiente forma: "Ya en el informe de síntesis redactado el 26-8-1999 y que dio lugar a la denegación de invalidez permanente , folio 87 de autos, se refiere que la actora padecía un síndrome depresivo con ansiedad remitida a la USM y artrosis de rodilla, folio 88 ". El motivo se desestima por cuanto como se verá en los fundamentos carece de trascendencia para el fallo y además la IT iniciada en 1998 solo lo fue por padecer dorsalgias y **fibromialgia** , la depresión apareció posteriormente .

TERCERO.- Al amparo del *apartado c) del art 191 de la LPL* el INSS estima que se debe computar la segunda baja con la primera al tratarse de las mismas enfermedades y considera que se ha infringido el *art 126.2 de la LGSS* y el *art 9 de la Orden de 13-10-1997* .El motivo no prospera.

Como ya se recuerda en la sentencia impugnada , en tema muy parecido al actual el TS en las sentencias de 20 de Febrero de 2002 (ED 13579) y 22 de Octubre de 2002 (ED 514888), considera que: "para la solución del presente caso, lo primero que se aprecia es que el precepto invocado -el *art. 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967* , no se ha previsto para resolver la cuestión controvertida. En efecto, lo que dicho precepto regula es el cómputo en la duración de los procesos de incapacidad temporal dispuesto en el actual *art. 128 LGSS* (allí todavía denominados de ILT), y lo que hace el párrafo segundo es aclarar lo dispuesto en el apartado primero, de forma que, después de señalar en este párrafo primero del apartado 1 que "el subsidio por incapacidad laboral transitoria se abonará, por un período máximo de duración de dieciocho meses, prorrogables por otros seis, incluyéndose para el cómputo de estos periodos los de observación y recaída", lo que especifica en el párrafo segundo de referencia es que "si el período de incapacidad laboral transitoria se viere interrumpido por periodos de actividad laboral por un tiempo superior

a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad". Lo que regula, en definitiva, el *precepto de 1967* es la posibilidad de considerar periodos nuevos de incapacidad temporal aquellos que se producen después de seis meses de actividad efectiva en los supuestos en los que no se agotó la duración de la incapacidad temporal; y en tal sentido fue interpretado y aplicado por sentencias de esta Sala como la sTS 8-5-1995 (ED 2433) , 10-12-1997 (ED 21277) o 7-4-1998 (Rec. 3137/98) , que se mantiene dentro del supuesto concreto del *art. 9.1 de la Orden de 1967* para decir que: "Como pone de manifiesto la sentencia invocada de 8 de mayo de 1.995 (ED 2433) , en tesis seguida por la de esta propia Sala de 10 de diciembre de 1.997 (ED 21277) el precepto que se denuncia como infringido (*artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1.974 o artículo 128.2 de la hoy vigente*) "sólo incluye o acumula en el cómputo del tiempo máximo de incapacidad laboral transitoria, hoy de temporal, los periodos de recaída y observación". Regulación que, no hay que olvidar, estaba situada dentro de unas previsiones de duración de la baja por enfermedad de seis años puesto que a la situación de incapacidad laboral transitoria sin curación le seguía una situación de invalidez provisional que podía llegar a

alcanzar aquella larga duración.

El hecho de que el indicado precepto no esté contemplando precisamente la cuestión que aquí nos ocupa ha permitido que esta Sala haya decidido conceder nueva prestación por incapacidad temporal en algunas situaciones a quien no había cotizado seis meses cual puede apreciarse ha ocurrido en la sTS 10-2-1998 (ED 1026) , en la que se concedió nueva prestación por incapacidad temporal a quien la había agotado y a quien, después de denegada la incapacidad total que reclamaba, se le volvió a reconocer "ex novo" una prestación causada por una nueva enfermedad sin que hubiera mediado ninguna cotización sobre el argumento siguiente: "El *artículo 130 de la Ley General* establece claramente, como ya se ha dicho, que el período de cotización de ciento ochenta días necesario para causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad común tiene que computarse dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación y no autoriza ninguna otra limitación. Por otra parte, como precisó la sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1992 (ED 849) , en el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones. La regla general es la contraria y la única excepción es la que rige para las prestaciones de desempleo, en virtud de la *regla específica del artículo 210.2 de la Ley General de la Seguridad Social*.

Y bueno es añadir, para integrar el tema analizado, que tampoco puede derivarse esa limitación de una eventual relación -aquí no concurrente- entre los procesos que hubieran determinado la incapacidad temporal, pues en este caso se trataría, si se reúne las condiciones necesarias para ello, de una recaída, que no afectaría al reconocimiento de un nuevo derecho, sino al límite temporal del inicialmente reconocido."

Pudiendo citarse en esa misma línea las ss TS 8-5-1995 (ED 2433) o 26-9-2001 (Rec. 466/2001) en la que, después de analizar toda la jurisprudencia de esta Sala sobre el particular, acepta la posibilidad de que dentro del proceso de incapacidad temporal generado por una determinada enfermedad se inicien periodos nuevos de incapacidad temporal producidos por otras enfermedades, cada uno generando derecho a una nueva prestación, con el simple apoyo en las mismas cotizaciones iniciales y, por lo tanto sin que hubiera ningún período nuevo de cotización.

En el presente caso se plantea un problema que es novedoso para la Sala, y consiste en determinar si ante un nuevo brote de la misma enfermedad por la que se agotó un período de duración máxima de una incapacidad temporal se ha de exigir un nuevo período de cotización por seis meses para causar derecho a prestaciones o si será suficiente la exigencia general del *art. 130 LGSS* de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

La solución al problema planteado no puede fundarse en el *art. 9.1 de la Orden de 1967* en la que se apoya el recurso, sino en el propio *art. 130 de la LGSS* citada tanto porque aquella Orden no contempla esta situación como se ha dicho más arriba, cuanto porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rango legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS de 1999. A tal efecto, el *art. 130* citado dispone que "serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas integradas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el *art. 128* , siempre que reúnan además de la general exigida en el *artículo 124* , las siguientes condiciones:

a) En caso de enfermedad común, que hayan cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período propio de cotización."

Y en el presente caso no existe duda alguna respecto del cumplimiento por la actora de los requisitos generales del *art. 128* -estar en situación de recibir asistencia sanitaria y hallarse impedida para el trabajo-, ni tampoco exista duda sobre el hecho de que, teniendo la contingencia protegida su origen en una enfermedad común, la demandante reunía en la fecha del hecho causante del nuevo proceso la carencia de ciento ochenta días en los últimos años que el precepto transcrito exige.

A partir de tales consideraciones, el hecho de que la enfermedad sea nueva, -como contemplamos en las anteriores sentencias precitadas-, o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Ello, aunque el *art. 131 bis de la propia LGSS* disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración, debiendo de interpretarse así esta disposición legal aun cuando una sTS de 17-12-2001 (ED 61276) haya dicho literalmente lo contrario, pero contemplando un supuesto en el que el trabajador cuando causó nueva baja por la misma enfermedad no estaba en situación de alta, sino que se hallaba fuera del sistema de protección, razón por la que, aunque aparentemente parezca una decisión contradictoria con la presente, no puede considerarse así dada la enorme distancia entre las dos situaciones, en cuanto que en el presente caso la actora no solo estaba en alta cuando causó la nueva baja sino que había reanudado su actividad y cotizado por un período de cuarenta y un días".

En el caso de autos al igual que el anteriormente el reseñado y sentenciado por él el TS, la actora no solo estaba de alta en la Seguridad Social cuando causó la nueva baja sino que incluso, a la vista de la doctrina del TS ya no tenga importancia el hecho de que el segundo proceso de IT lo fue por lumbalgia mientras que el primero lo había sido por disfonía , y por tanto el motivo y el recurso deben ser estimados, por cuanto al momento de inicio de la nueva baja por IT aunque pudiera ser recidiva de la misma patología padecida en el proceso de incapacidad temporal anterior que concluyó el 25-2-2000 , la actora precisaba asistencia sanitaria y estaba impedida para el trabajo (*art 128.1 LPL*) , además de que el anterior episodio de incapacidad temporal ya había concluido por resolución del INSS denegatoria de situación de incapacidad permanente y por tanto ahora no se trata de prolongación de una situación de incapacidad temporal que sería imposible puesto que ya la anterior había fenecido y extinguido por resolución del INSS denegatoria de incapacidad (*art 131 bis 1*) no impugnada por el trabajador, sino que lo que ahora ocurre es que el trabajador sufre un nuevo episodio de incapacidad temporal y en este caso ya no importa si es una nueva enfermedad o es que ha vuelto a recaer de la misma dolencia anterior .

La interpretación que a sensu contrario debe de hacerse del penúltimo párrafo de la sentencia del TS de 17-12-2001 es de que si no existe salida del régimen de seguridad social y se continua la obligación de cotizar se tiene derecho al subsidio por incapacidad temporal tanto si la nueva baja obedece a nueva dolencia, como si se trata de manifestaciones del mismo proceso, pues se trata de una nueva situación de IT y no de un apéndice o añadido a la anterior situación de IT que ya se había extinguido .

En parecido sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 28 de Junio de 2002 recurso de suplicación 562 / 2000 y la dictada en el recurso 35/2001 ,considerando que no es necesario cotizar otros 180 días en el supuesto de extinción de IT anterior, ya que en tal caso pueden computarse de nuevo la cotizaciones anteriores al período de IT ya agotado.

El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de Enero de 2003 (ED 127780) y en la de 8 de Noviembre de 2004 (ED 174343) ha reiterado el criterio de las sentencias de 2002 mencionadas y explica que "la solución al problema planteado no puede fundarse en el *art. 9.1 de la Orden de 1967* en la que se apoya el recurso, sino en el propio *art. 130 de la LGSS* citada, tanto porque aquella Orden no contempla esta situación, como se ha dicho más arriba, cuanto porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rango legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS ".

"A partir de tales consideraciones, el hecho de que la enfermedad sea nueva (...) o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Ello aunque el *art. 131 bis de la propia LGSS* disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella

duración, debiendo interpretarse así esta disposición legal

Así pues, según la doctrina expuesta es suficiente para tener derecho a la prestación solicitada en el caso de autos -concurriendo los demás requisitos de carácter general, que no se han cuestionado- el que se cumpla, como aquí efectivamente sucede, la exigencia general del *art. 130 de la Ley General de la Seguridad Social* de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante". Por lo que al haberse ajustado a tal doctrina el Magistrado de instancia procede confirmar su sentencia y la desestimación del recurso

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 25 de Junio de 2003 , del Juzgado de lo Social de Gáldar en procedimiento numero 252/2000 seguido a instancia de DOÑA Ana , que confirmamos .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de esta Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

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

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta. número: 3537/000066 1568/2003 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 EUROS en la entidad de crédito de BANESTO c/c 2410000066 1568/2003 , Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

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

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

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

DILIGENCIA - En Las Palmas a .Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los *arts. 266.1 de la L. O. P. J. y 212 de la L. E. C.*, archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe.