

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 4 de febrero de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 1173/2013*

**SUMARIO:**

**Prescripción y caducidad en las prestaciones.** Reclamación de diferencias respecto a un subsidio de IT ya disfrutado, al haber cotizado la empresa por una base inferior a la que correspondía. Es necesario diferenciar el supuesto recogido en el artículo 44 de la LGSS -pérdida del derecho al percibo- del supuesto del artículo 43 -pérdida del derecho a la prestación-. Para que juegue el supuesto del artículo 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social -prescripción de cinco años- y no en el supuesto del artículo 44 -plazo de un año.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 43 y 44.

**PONENTE:**

*Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Luis Seoane Lorenzo, en nombre y representación de D. Anibal, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña, de fecha 18 de enero de 2013, recaída en el recurso de suplicación n.º 4899/2011, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo, dictada el 14 de julio de 2011, en los autos de juicio n.º 724/10, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Anibal, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PISC PLAN BS, SA. y MUTUA ASEPEYO, sobre PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 14 de julio, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo, dictó sentencia, en autos 724/10, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Don Anibal, debo declarar y declaro su derecho a percibir las prestaciones derivadas de incapacidad temporal por enfermedad común no abonadas en la cuantía de 14.051,20 euros, declarando la responsabilidad en el pago de la empresa PISC PLAN BS SA, sin perjuicio de la obligación de anticipo por parte de la MUTUA ASEPEYO, y con reconocimiento expreso del derecho de repetición por las cantidades abonadas por la Mutua a la empresa por este concepto, con absolución de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; así como la del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, salvo su genérica responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia de la Mutua."

**Segundo.**

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " PRIMERO - Don Anibal ha prestado servicios para la empresa PISC PLAN BS SA desde el 17 de mayo de 2004, con la categoría

profesional de auditor de stock. Esta empresa tiene concertadas las contingencias comunes con la MUTUA ASEPEYO. Cayó de baja por incapacidad temporal el 5 de marzo de 2007, siéndole reconocida una incapacidad permanente total el 2 de diciembre de 2008. SEGUNDO - Aunque la base de cotización de la empresa era de 1.374 euros, por Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo de 11 de enero de 2010 se reconoció un salario de 2.178 euros, que equivale a una base de cotización de 2.635'30 euros. TERCERO - Conforme a esta base de cotización, la empresa adeuda la cantidad de 14.051'20 euros por diferencias en la prestación de incapacidad temporal desde la fecha de la baja hasta el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente total. CUARTO - Ha sido agotada la vía administrativa previa, con reclamación previa presentada el 4 de mayo de 2010."

#### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de ASEPEYO, MUTUA DE A.T. y E.P. DE LA SEGURIDAD SOCIAL NUM. 151, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 18 de enero de 2013, recurso 4899/2011, en la que consta el siguiente fallo: " Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Mutua Asepeyo contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo, de 14 de julio de 2011 en autos n.º 724/2010, que revocamos, y desestimamos la demanda de D. Anibal contra la recurrente, a la que absolvemos".

#### **Cuarto.**

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el letrado D. Luis Seoane Lorenzo, en nombre y representación de D. Anibal interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 24 de octubre de 2005, recurso 1918/2004 .

#### **Quinto.**

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso interpuesto.

#### **Sexto.**

Se señaló para la votación y fallo el día 29 de enero de 2014, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de lo Social número 2 de los de Vigo dictó sentencia el 14 de julio de 2011, autos número 724/2010, estimando la demanda formulada por D. Anibal contra PICS PLAN BS SA, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Asepeyo sobre prestaciones de incapacidad temporal, declarando el derecho del actor a percibir prestaciones derivadas de incapacidad temporal por enfermedad común en la cuantía de 14.051'20 E, declarando la responsabilidad en el pago de la empresa PISC PLAN BS FA, sin perjuicio de la obligación de anticipo por parte de la Mutua Asepeyo y con reconocimiento expreso del derecho de repetición por las cantidades abonadas por la Mutua a la empresa por este concepto, con absolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, salvo su genérica responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia de la Mutua.

Tal y como resulta de dicha sentencia y de la dictada en suplicación, el actor ha venido prestando servicios para la empresa PISC PLAN BS SA desde el 17 de mayo de 2004, teniendo la empresa concertadas las contingencias profesionales con la Mutua Asepeyo. El actor permaneció en situación de IT desde el 5 de marzo de 2007, siéndole reconocida la situación de IPT el 2 de diciembre de 2008. Por sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, de 11 de enero de 2010, se le reconoció un salario de 2178 E, adeudando la empresa por diferencias en la prestación de IT la cantidad de 14.051'20 E desde la fecha de la baja hasta el reconocimiento de la IPT. Formuló solicitud el 26 de enero de 2010, el 4 de mayo de 2010 presentó reclamación administrativa previa y demanda el 7 de junio de 2010.

Recurrida en suplicación por Asepeyo, Mutua de AT y EP de la Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 18 de enero de 2013, recurso número 4899/2011 . La

sentencia entendió que la acción para reclamar la percepción de las diferencias del subsidio de IT caducó en noviembre de 2009, al haberse hecho efectiva la última prestación por dicha contingencia en noviembre de 2008, ya que, en virtud de lo establecido en el artículo 44.2 de la LGSS, cuando se trate de prestaciones periódicas el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento, teniendo el demandante reconocida y percibida la prestación de IT.

Contra dicha sentencia se interpuso por el actor recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 24 de octubre de 2005, recurso número 1918/2004 .

El recurso ha sido impugnado por el INSS y por Asepeyo, Mutua de AT y EP de la Seguridad Social, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado procedente.

### **Segundo.**

Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala el 24 de octubre de 2005, recurso número 1918/2004, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Lázaro contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, el 2 de marzo de 2004, recurso de suplicación número 418/2003, dictada en virtud del recurso de suplicación formulado por FIMAC, Mutua de AT y EP de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Sevilla en los autos 229/2003, seguidos a instancia de D Lázaro contra FIMAC, Mutua de AT y EP de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Construcciones Tharsis 98 SL, en reclamación por prestaciones, casando la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimó el recurso de esta clase interpuesto por FIMAC, Mutua de AT y EP de la Seguridad Social, confirmando la sentencia de instancia.

Consta en dicha sentencia que el actor venía prestando servicios para la empresa Construcciones Tarsis 98 SL, que tenía concertados los riesgos con la Mutua FIMAC. El actor inició IT derivada de accidente de trabajo, habiendo sido declarado en situación de IPA el 5 de abril de 2001. Mediante sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla se declaró que la base reguladora debía ascender a 267.672 pts, frente a las 149.170 que le había reconocido el INSS. La sentencia entendió que estamos ante un derecho de la Seguridad Social reconocido y que va a seguir estándolo, aunque transcurra el plazo establecido por la norma para su caducidad, se reclama contra la falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho reconocido, por lo que estamos ante el supuesto del artículo 43 de la LGSS, es decir plazo de prescripción de cinco años y no en el supuesto del artículo 44 de dicho texto legal, plazo de prescripción de un año.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS, ya que en ambos casos se trata de trabajadores a los que se les han reconocido prestaciones de IT y, posteriormente en situación de IP - en la recurrida IPT y en la de contraste IPA- y reclaman diferencias en la prestación de IT ya que la empresa ha cotizado por base inferior a la que le correspondía, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En tanto la sentencia recurrida entiende que las prestaciones han caducado ya que, en virtud de lo establecido en el artículo 44.2 de la LGSS caducan al año de su vencimiento, la de contraste razona que el aplicable es el artículo 43 de la LGSS, por lo que no caducan sino que se les aplica el plazo de prescripción que dicho artículo fija en cinco años. Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida la IT derive de enfermedad común y en la de contraste de accidente de trabajo, ya que en ambos supuestos se discute la aplicación de los preceptos anteriormente mencionados.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

### **Tercero.**

En el único motivo del recurso, el recurrente alega que la sentencia recurrida ha aplicado indebidamente el artículo 44.2 de la LGSS, y, por tanto, el plazo de caducidad de un año, inaplicando, en consecuencia, lo normado en el artículo 43.1 de la LGSS, que fija un plazo de prescripción de cinco años, para ejercitar el derecho al reconocimiento de prestaciones.

La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2005, CUD número 1918/2004, invocada por el recurrente como sentencia de contraste, que ha establecido lo siguiente : "Para el estudio de esta infracción hay que tener en cuenta que en la Ley General de la Seguridad Social se regulan dos instituciones en orden a la extinción de los derechos de Seguridad Social: la prescripción, a la que se refiere el artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social, y la caducidad, regulada en el artículo 44. En nuestro ordenamiento la distinción entre prescripción y caducidad suele vincularse a algunas de sus características en

orden a su curso (exclusión de la interrupción en la caducidad) y a su apreciación (a instancia de parte la prescripción y también de oficio la caducidad). Pero la diferencia fundamental se relaciona con el interés jurídicamente protegido en cada una de estas instituciones y así se afirma que mientras en la prescripción predomina el interés individual del sujeto pasivo en oponerse a un ejercicio tardío del derecho, en la caducidad está presente el interés general en la rápida certidumbre de determinadas situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva, la distinción de los artículos 43 y 44 de la Ley General de la Seguridad Social resulta problemática, hasta el punto que se ha cuestionado que realmente estemos en el caso del artículo 44 ante una auténtica caducidad, porque en el supuesto que regula este artículo no está afectada la certidumbre de una situación jurídica. En efecto, estamos realmente ante un derecho de Seguridad Social reconocido y que va a seguir estándolo, aunque transcurra el plazo establecido por la norma para su caducidad, con lo que el empleo de este término por la ley más que un sentido técnico jurídico tiene una finalidad indicativa más próxima al lenguaje ordinario que identifica la caducidad con la pérdida. De lo que se trata no es, por tanto, de un derecho potestativo que caduca por su no ejercicio, sino de un pago vencido que se pierde por no haberse cobrado oportunamente, lo que es algo muy distinto. Así el artículo 44 se refiere al derecho al percibo de una cantidad a tanto alzado (número 1) o de una mensualidad (número 2), es decir, que, pese a la inseguridad de la terminología ("derecho al percibo"), se pierden cantidades y no derechos, aunque por la naturaleza de la cantidad perdida en el número 1, el derecho quede vacío de contenido. Pero lo verdaderamente interesante es diferenciar el supuesto del artículo 44 -pérdida del derecho al percibo- del supuesto del artículo 43 -pérdida del derecho a la prestación-. La diferencia está clara y hay que interrogarse sobre la finalidad perseguida en cada una de las normas, que, a su vez, han de relacionarse con la finalidad de protección social, que es propia de nuestro sistema de Seguridad Social. Es obvio que para la Seguridad Social no tiene la misma importancia la pérdida de un pago que la pérdida de un derecho, y no la tiene, porque mientras que la pérdida de un derecho compromete de forma irreparable la finalidad última del sistema, que es la protección de una situación de necesidad, en la pérdida de un pago esta finalidad no está comprometida, pues subsiste el derecho a las mensualidades no caducadas, y además se parte de que esa situación de necesidad no sería tan apremiante si, teniendo el derecho reconocido, el beneficiario no ha reclamado su abono.

Esta distinción es básica para afrontar el tema debatido, pues para que juegue el supuesto del artículo 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social -prescripción de cinco años- y no en el supuesto del artículo 44 -plazo de un año-.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, aplicación que se impone por motivos de seguridad jurídica y porque no concurren datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, procede la estimación del recurso formulado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de D. Anibal frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación número 4899/2011, interpuesto por la representación letrada de Asepeyo, Mutua de AT y EP, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, el 18 de enero de 2013, en los autos número 721/2010, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a PISC PLAN BS SA, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Asepeyo, Mutua de AT y EP, en reclamación por diferencias en las prestaciones de incapacidad temporal. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por Asepeyo, Mutua de AT y EP, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores,

traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.