



ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid*

(Comentario a las SSTSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, Sala de lo Social, de 5 de diciembre de 2005, rec. núm. 2150/2005, y 19 de diciembre de 2005, rec. núm. 2209/2005)*

I. HECHOS DE LAS SENTENCIAS

- STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 5 de diciembre de 2005:

El demandante prestó sus servicios para una empresa que tenía concertadas las contingencias comunes por Incapacidad Temporal (IT) con una Mutua siendo extinguido su contrato por despido objetivo el 31 de enero de 2005. No obstante, como le quedaba un día de vacaciones retribuidas y no disfrutadas, la empresa cotizó el 1 de febrero de 2005 por dicho trabajador.

El demandante ese mismo día, 1 de febrero, sufrió un accidente de tráfico por lo que estaba en situación de IT desde dicha fecha hasta el momento del juicio.

La sentencia de instancia condena a la Mutua a abonar al demandante subsidio por IT hasta que dicha situación deba extinguirse por alguna de las causas legales y, frente a dicha sentencia, se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la Mutua.

- STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 19 de diciembre de 2005:

El demandante prestó servicios para una empresa que tenía concertada la prestación por IT por contingencias comunes con una Mutua.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 279, junio 2006.

Con fecha 13 de septiembre de 2004, pasó a la situación de IT, derivada de enfermedad común, en la que permaneció hasta el 25 de noviembre de 2004, habiendo abonado la Mutua la prestación económica correspondiente, a excepción del período comprendido entre el 30 de octubre y el 12 de noviembre de 2004.

Como consecuencia de la extinción de la relación laboral, el 29 de octubre de 2004, el demandante recibió de la empresa para la que prestaba servicios la correspondiente liquidación, en la que se incluían 14 días de vacaciones por los que la empresa realizó la cotización correspondiente.

La sentencia de instancia declara el derecho del demandante a percibir la prestación económica por IT por el período comprendido entre el 30 de octubre y el 12 de noviembre de 2004, condenando a la Mutua al pago de la prestación económica correspondiente en la cuantía que venía percibiendo y, frente a dicha sentencia, se interpone recurso de suplicación por el letrado representante de la Mutua.

II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN EN LAS SENTENCIAS

En la primera de las sentencias analizadas la Mutua señala que, con la reforma producida tras la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad¹, el período correspondiente a las vacaciones remuneradas pero no disfrutadas retrasa el comienzo de la situación legal de desempleo, pero no el resto de las prestaciones, como es la IT (art. 209.3 del TRLGSS). Precisamente, para permitir dicho acceso, se creó, asimismo, en el artículo 125.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) una nueva situación asimilada al alta para trabajadores «desempleados» pero que aún no perciben prestación por desempleo por cuanto se encuentran en situación de vacaciones no disfrutadas durante la relación laboral y abonadas en la correspondiente liquidación con la empresa. De modo que, en caso de producirse una situación de IT en dicho período, el trabajador tendrá derecho a acceder a prestaciones del sistema de la Seguridad Social por cuanto se encuentra en situación asimilada al alta, siempre que cumpla con el requisito de carencia.

La Mutua discrepa, sin embargo, respecto de su responsabilidad en el pago de la prestación, por entender que corresponde a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues considera que al cesar la relación laboral, cesa también la cobertura de las Mutuas. Partiendo de que el artículo 71.1 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo² señala que la cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes y asumida por la Mutua, es únicamente «a favor de los *trabajadores empleados* por sus empresarios asociados», considera que si el trabajador ya no forma parte de la plantilla, tampoco entra dentro de la cobertura ofrecida por la Mutua. Y ello con independencia de que subsista obligación de cotizar por parte de la empresa una vez extinguido el contrato de trabajo.

¹ BOE de 25 de mayo. Fue derogado a causa de la huelga general, cuando todavía se estaba tramitando su convalidación por las Cortes, por Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad (BOE de 13 de diciembre).

² Real Decreto 1993/1995 de 7 de diciembre (BOE de 12 de diciembre de 1995).

En la segunda de las sentencias analizadas, la Mutua justifica la interrupción del pago por el hecho de que el trabajador recibiera de su empresa el montante correspondiente a los 14 días de vacaciones remuneradas y no disfrutadas. En el supuesto de mantenerse la sentencia cobraría dos veces, produciéndose un evidente enriquecimiento injusto, lo que, en su opinión, pretende evitar el artículo 209.3 del TRLGSS cuando dice que «el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período [el de las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas]». En interpretación de la Mutua dicha norma sería aplicable a todo tipo de prestaciones, por lo que no procede lo solicitado en la demanda por el actor.

En ambas sentencias se plantea, en definitiva, la repercusión del período de vacaciones remuneradas pero no disfrutadas en la relación con la Seguridad Social y, en concreto, sobre la prestación por IT cuyo hecho causante puede ser anterior a dicho período, en cuyo caso se cuestiona el mantenimiento de la prestación y su compatibilidad con los salarios, o nacer durante aquel período, surgiendo problemas interpretativos sobre el momento en que nace el derecho a prestación. En ambos casos se discute si, como consecuencia de la extinción, el sujeto responsable del pago, en este caso la Mutua, desaparece para dejar paso al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Discrepan las Mutuas, sin embargo, en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 209.3 del TRLGSS defendiendo una de ellas su exclusiva aplicación a la prestación por desempleo y sosteniendo la otra una interpretación que incluiría también la IT.

La contestación a los problemas planteados exige un estudio integrado de la normativa de desempleo y de IT tal como ha quedado tras la reforma del año 2002.

III. CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL PERÍODO CORRESPONDIENTE A LAS VACACIONES DEVENGADAS Y NO DISFRUTADAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RELACIÓN LABORAL Y DE LA RELACIÓN CON LA SEGURIDAD SOCIAL

A pesar de la prohibición legal de sustitución del disfrute *in natura* de las vacaciones por una compensación económica, contenida en el artículo 38 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), dicha regla se excepciona en el supuesto de extinción del contrato de trabajo sin haber disfrutado el trabajador de las vacaciones devengadas en la anualidad correspondiente.

El período correspondiente a vacaciones liquidadas en el finiquito fue tenido en cuenta por la Ley 45/2002 de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad para definir el momento de nacimiento de la situación de desempleo. El artículo 209.3 del TRLGSS pasó a decir que «en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral, o con anterioridad a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos-discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del pla-

zo de los 15 días siguientes a la finalización del mismo ³». Continúa diciendo el citado precepto que dicho período deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos. Se retrasó, pues, el nacimiento de la situación legal de desempleo y, por consiguiente, el acceso a dicha prestación ⁴.

La doctrina en general opina que estamos ante una reforma muy cicatera. Para SEMPERE NAVARRO y CHARRO BAENA ⁵ la medida pretende evitar un teórico doble cobro de prestación por desempleo y salario ⁶, pero crea más problemas de los que resuelve. Hay que tener en cuenta que, desde luego, en estos casos, el derecho a percibir la retribución del período vacacional devengado no desaparece aunque inmediatamente después de extinguirse el contrato el trabajador acceda a otro empleo, sin solución de continuidad pues la previsión sólo juega respecto de la prestación por desempleo y no existe prohibición que lo impida. Podría darse el caso, entonces, de dos cotizaciones superpuestas dentro de unos pocos días y ello sin disfrute efectivo de las vacaciones ⁷.

Mediante esta *fictio iuris*, lo que se hace es posponer el inicio de la prestación por desempleo hasta que el trabajador deje de obtener ingresos derivados de su trabajo, con el poderoso argumento de que estamos ante «períodos de descanso computables como de trabajo» que ya se retribuyen con el correspondiente salario (arts. 26.1 y 38.1 del TRET) ⁸.

³ El citado período deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos. El artículo 210.4 del TRLGSS, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 45/2002, prevé que «el período que corresponde a las vacaciones, al que se refiere el apartado 3 del artículo 209, se computará como período de cotización a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo y en el apartado 2 del artículo 216, y durante dicho período se considerará al trabajador en situación asimilada a la de alta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 de esta Ley».

⁴ Hasta ese momento, el tema se resolvía incluyendo en el finiquito la liquidación de salarios correspondientes a dichas vacaciones, por los que, obviamente, se cotizaba a la Seguridad Social, pero sin que ello afectara al nacimiento de la situación legal de desempleo ni retrasara el comienzo de la prestación.

⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P.: «Las vacaciones laborales», *Cuadernos de Aranzadi Social*, 2003, núm. 15, pág. 54.

⁶ La misma preocupación por no simultanear el abono de salarios y prestación de desempleo estuvo presente en el legislador del año 2002 cuando precisó en el artículo 209.4 que «en el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. En el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período que deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación».

⁷ Sobre este punto llama también la atención GARCÍA NINET, J.I. («Las vacaciones no disfrutadas por extinción de contrato de interinidad, pero pagadas, como situación asimilada al alta a efectos del reconocimiento posterior de IT por Accidente Común. Comentario a la STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 12 de enero de 2004 (AS 2004/218)», *Aranzadi Social*, junio 2004, núm. 5, pág. 31). La falta de disfrute de vacaciones iría en contra del recientemente cuestionado derecho/deber a disfrutar de modo efectivo de las vacaciones como pretende el artículo 40.2 de la Constitución Española de 1978, y no emplearlas en otras actividades laborales, aunque la realidad fáctica pueda ir por otro sitio y sea casi imposible perseguir las conductas manifiestamente contrarias a este derecho laboral tan importante. Dado que puede darse una doble cotización poscontractual, por vacaciones y por salarios de tramitación, la TGSS en contestación de 7 de febrero de 2003, señala que si un trabajador tiene derecho a salarios de tramitación que se computan desde la fecha del despido, siendo que el período por el que se va a cotizar puede coincidir con período de vacaciones devengadas y no disfrutadas, la liquidación complementaria de dichos períodos se efectuará aunque coincida con las cotizaciones por salarios de tramitación, con aplicación del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados (GARCÍA NINET, J.I., *op. cit.*, pág. 33). En opinión del autor, la reforma de 2002 no pensaba tanto en que los extrabajadores disfrutaran de unos días de vacaciones entre dos posibles contratos sucesivos, sino más bien en retrasar el inicio del cobro del desempleo «y que las migajas recibidas en compensación por las vacaciones que no había podido disfrutar no las ahorrase, sino que las consumiese subsistiendo esperando iniciar los trámites para alcanzar el derecho a la prestación de desempleo».

⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P., *op. cit.*, pág. 54.

Para GARCÍA NINET⁹ «el sentido de la compensación/monetización de las vacaciones ha perdido algo de su sentido originario, pues casi se le obliga al trabajador a que disfrute de las mismas a continuación de la extinción de su contrato, al menos como si fuera una especie de período de espera, para poder después solicitar la prestación por desempleo; se trata de retrasar lo más posible el pago de la prestación por desempleo y que el trabajador consuma el salario de las vacaciones en esos días de antesala del desempleo, lo que es una manera de forzar sus vacaciones.

El problema que planteó desde su inicio tal regulación era el de determinación del momento en que se produciría la baja del trabajador en la Seguridad Social. En consecuencia, la misma ley creó una nueva situación asimilada al alta, estableciendo en el artículo 125.1 del TRLGSS que "asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta al subsidio por riesgo durante el embarazo, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato".

Se trata de una situación asimilada al alta respecto a las contingencias comunes pero no, lógicamente, frente a las contingencias derivadas de riesgos que tienen su origen en el trabajo, no sólo el embarazo por riesgo, al que se refiere expresamente el precepto sino también el accidente de trabajo¹⁰ que, naturalmente, no podrá tener lugar en los días correspondientes a vacaciones. Respecto de la prestación por desempleo, expresamente el artículo 210.4 del TRLGSS prevé que durante dicho período [vacaciones no disfrutadas] se considerará al trabajador en situación asimilada a la de alta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 de esta Ley».

Conviene, sin embargo, recordar que si el trabajador desempeñó otra actividad durante las vacaciones ficticias, algo que la ley no prohíbe, su situación no será la de asimilada al alta sino de alta.

Se exigen dos requisitos que deben coincidir en el tiempo para que podamos hablar de «período ficticio de vacaciones»:

- Extinción efectiva de la relación laboral por cualquiera de las causas del artículo 49 del TRET. Resulta indiferente la causa de finalización del contrato, pudiendo ocurrir que el trabajador cause baja voluntaria por dimisión¹¹.
- Liquidación de las vacaciones.

Así, por ejemplo, cuando el empresario comunica la extinción del contrato al trabajador y éste impugna tal decisión, existiendo desacuerdo sobre los salarios adeudados, el contrato se consideraría

⁹ GARCÍA NINET, J.I., *op. cit.*, pág. 31.

¹⁰ La exclusión de la prestación de riesgo durante el embarazo es lógica y su mención expresa innecesaria, pues dicha prestación exige que el contrato esté suspendido y en el caso que analizamos el contrato se ha extinguido. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P., *op. cit.*, pág. 54.

¹¹ STSJ de la Región de Murcia de 13 de diciembre de 2004 (rec. 1317/2004).

extinguido desde el momento en que el empresario reconociera en acta de conciliación la improcedencia del despido. Nacerá, en ese momento, el período ficticio de vacaciones si, además, reconoce los salarios adeudados y liquida las vacaciones devengadas y no disfrutadas ¹².

La nueva situación asimilada al alta, a diferencia de otras, va acompañada de cotizaciones a la Seguridad Social, como si se tratara de cotización por abono de salarios con carácter retroactivo ¹³, contribuyendo a que no se produzca un vacío en los períodos de carencia. En relación con la prestación de desempleo, el artículo 210.4 del TRLGSS prevé que «el período que corresponde a las vacaciones, al que se refiere el apartado 3 del artículo 209, se computará como período de cotización a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo y en el apartado 2 del artículo 216». A pesar del silencio de la ley, parece ser que las cotizaciones correspondientes a ese período de vacaciones no disfrutadas se tendrán siempre en cuenta, no sólo para la determinación de la duración de la prestación, sino también para el cálculo de la base reguladora, pues son las últimas cotizaciones realizadas ¹⁴. Creemos que la misma interpretación es aplicable a la prestación por IT.

En tal sentido conviene recordar que el artículo 29.3 del Real Decreto 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 ¹⁵ señala que «a efectos de la promoción de las altas y bajas de trabajadores, (...) no tendrán la consideración de cese, a efectos de causar la baja correspondiente, la situación de IT ni aquellas otras asimiladas a la de alta en las que se mantenga la obligación de cotizar por parte del empresario».

El artículo 109.1 del TRLGSS ¹⁶ establece la forma de hacer la cotización: «las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de *liquidación y cotización complementaria* a la del mes

¹² STSJ de Aragón de 27 de octubre de 2004 (rec. 838/2004): el período se inicia una vez que en conciliación administrativa la empresa reconoce la improcedencia del despido y liquida al trabajador los salarios de las vacaciones.

¹³ STSJ de La Rioja de 15 de junio de 2004 (rec. 168/2004). Para GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. («Las Reformas en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2002» en AA.VV., *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 101) se trataría de «una suerte de cotización ultractiva o hacia el futuro, en el sentido de que se cotiza por quien ya no es trabajador de la empresa».

¹⁴ *Vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Modificaciones en el nivel contributivo por desempleo general u ordinario», en AA.VV., *Empleo, Despido y Desempleo tras las Reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre* (SEMPERE NAVARRO, A.V., coord.), Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 184. De hecho, en los nuevos Certificados de Empresa figura en observaciones y como última base de cotización tenida en cuenta antes del cese, el concepto de «vacaciones anuales no disfrutadas, en su caso, antes de la fecha del cese» (*vid.* también en la misma página la nota 32). Como indican los citados autores (págs. 184-185), dado que las bases diarias correspondientes a las vacaciones son inferiores a la base ordinaria de un día de cualquier mes ordinario, se llega a la conclusión de que los días tenidos en cuenta como de vacaciones y que integran la base reguladora de la prestación perjudican notoriamente la cuantía económica de la prestación. En consecuencia, o se realizan los adecuados retoques para que los períodos de vacaciones no disfrutados no perjudiquen a los trabajadores, o es muy probable que, en determinados casos, al trabajador le compense renunciar a su derecho y no reclamar los períodos de vacaciones que le restan por disfrutar, pidiendo a su empresario que no haga constar éstas en el Certificado de Empresa.

¹⁵ BOE de 27 de febrero.

¹⁶ En párrafo añadido por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre).

de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados»¹⁷.

La pretensión que cumple la reforma legal se expresa con precisión en la Exposición de Motivos de la misma y no es otra que la de que el trabajador quede «totalmente protegido ante la actualización de cualquier situación de necesidad que suponga el nacimiento de una prestación de la Seguridad Social». La misma se realiza, como se indica igualmente en dicha Exposición de Motivos, «estableciendo la situación de asimilada al alta y cotización del período que transcurre entre la extinción del contrato y el inicio de la prestación». Como se indica en la STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2005¹⁸, la «cotización empresarial y protección integral son así, desde esta perspectiva, realidades plenamente complementarias. La cotización que realiza la empresa conduce a dicha inequívoca protección»¹⁹.

En relación con la situación precedente, la reforma del año 2002 introdujo un cambio fundamental. Con el anterior sistema, producida la extinción del contrato, el trabajador pasaba a situación de desempleo, pero se consideraba en situación asimilada al alta sólo si el desempleo era total y se percibía la prestación por dicha contingencia²⁰ (dicha causa asimilada al alta se mantiene en el art. 125.1 del TRLGSS)²¹. Quiere ello decir que si se producía la extinción de la relación laboral pero el trabajador no tenía derecho a la prestación, por ejemplo porque había dimitido o no había cotizado lo suficiente, si con posterioridad caía enfermo o sufría un accidente no laboral no tenía derecho a la prestación por IT. En este sentido, la reforma cubrió este vacío de protección dando plena cobertura a estos supuestos.

¿Cuál es el estado del contrato durante el período de vacaciones no disfrutadas? Insiste la doctrina de suplicación²² en que aún no hay un período de desvinculación real del trabajador respecto de la empresa, aunque se afirme en la liquidación que la extinción se produce antes de dichas fechas vacacionales. Algunas sentencias llegan a decir que «el contrato de trabajo se ha prorrogado»²³ aun-

¹⁷ La Orden TAS/29/2006, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE del día 20), regula en la disposición adicional 2.ª la forma de cotizar por las vacaciones devengadas y no disfrutadas.

¹⁸ Recurso 2254/2005.

¹⁹ En el mismo sentido, *vid.* SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 2004 (rec. 131/2004) y Cataluña de 19 de enero de 2005 (rec. 7803/2003).

²⁰ STS de 18 de septiembre de 2002 (rec. 3184/2001).

²¹ El artículo 4.º 1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 sólo considera situación asimilada al alta la «situación de desempleo total y subsidiado». La doctrina del TS, contenida en sus Sentencias de 26 de julio de 1993 y 28 de abril de 1995, considera que la situación asimilada se limita al desempleo protegido a través de la prestación contributiva sin incluir el subsidio asistencial. *A fortiori* se está excluyendo también el paro involuntario que ni siquiera tiene la condición de protegido. *Vid.* también STS de 18 de septiembre de 2002 (rec. 3184/2001).

²² SSTSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2005 (rec. 1129/2004) y de 28 de febrero de 2005 (rec. 968/2004); Aragón de 27 de octubre de 2004 (rec. 838/2004) y Cataluña de 11 de mayo de 2005 (rec. 3559/2004).

²³ STSJ de la Región de Murcia de 13 de diciembre de 2004 (rec. 1317/2004).

que realmente la relación se prolonga sólo «a los efectos pretendidos [de mantenimiento de alta]»²⁴. Dicha interpretación se deduce de una interpretación sistemática de los artículos 125.1 y 209.3 del TRLGSS, pues si la situación de desempleado con derecho a prestación no nace hasta finalizado el período de vacaciones no disfrutadas, ello significa que en el período anterior en que la empresa debe abonar las cotizaciones correspondientes, aunque se afirme que la extinción se produce antes, se mantiene la vinculación con la contratación anterior.

A modo de resumen, desde el punto de vista de la relación de Seguridad Social podríamos decir que el período de vacaciones liquidadas y no disfrutadas ha sido tenido en consideración por el legislador en los preceptos que regulan la prestación de desempleo, con el fin de retrasar el momento del nacimiento de la situación legal de desempleo y el acceso a la prestación, de forma que nunca se produzca un doble cobro de la prestación y de los salarios. Paralelamente, dicho período se considera como situación asimilada al alta a los efectos de todas las prestaciones, excepto riesgo durante el embarazo y accidente de trabajo. Un precepto semejante no existe en relación con la prestación por IT.

Desde el punto de vista de la relación laboral, el contrato de trabajo puede considerarse «prorogado» como si la relación permaneciese viva y el trabajador estuviera disfrutando de sus vacaciones.

Desde estas premisas, examinaremos a continuación la situación del trabajador que encontrándose en situación de IT, ve extinguida su relación laboral.

IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR DE BAJA POR IT DURANTE EL PERÍODO CORRESPONDIENTE A VACACIONES LIQUIDADAS Y NO DISFRUTADAS

Los efectos de la extinción del contrato durante una situación de IT han sido regulados expresamente por el legislador.

Como consecuencia de la reforma de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre²⁵, el artículo 222.1 prevé que «cuando el trabajador se encuentre en situación de IT y durante la misma se extinga su contrato *seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación*, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo.

²⁴ STSJ Cataluña de 11 de mayo de 2005 (rec. 3559/2004).

²⁵ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre).

En todo caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido».

Dicho precepto debe ponerse en conexión con el artículo 131 bis del TRLGSS que, al regular las causas de extinción de IT, no contempla como una de ellas la extinción del contrato de trabajo, por lo que la situación sigue siendo la misma desde el inicio ²⁶.

Así pues, no existe duda alguna acerca del mantenimiento de la prestación por IT, no pasando a la situación de desempleo hasta que se extinga la citada situación por IT, a tenor de lo establecido en el artículo 222.1 del TRLGSS. Ahora bien, en el caso de que la extinción se haya producido durante el período correspondiente a vacaciones liquidadas y no disfrutadas, se plantean dos problemas:

1. ¿Desde qué momento la cuantía de la prestación por IT se hace coincidir con la de desempleo, desde que finaliza el período «virtual de vacaciones» o desde que se extingue el contrato?
2. ¿Es compatible el percibo de la prestación por IT con el abono de los salarios de vacaciones?

La respuesta a la primera pregunta no deja lugar a dudas desde el momento en que el legislador retrasa el nacimiento de la situación legal de desempleo a la finalización del período «virtual» de las vacaciones liquidadas. Así pues, la cuantía de la prestación por IT hasta que llegue ese momento no debe experimentar variación alguna.

La respuesta a la segunda pregunta debe partir de la afirmación previa que hemos hecho: si el contrato no se entiende extinguido durante ese período se mantiene la regla general de la incompatibilidad entre prestación por IT y salarios. Ahora bien, ello no permite a la entidad responsable del pago descontar los salarios percibidos ya que lo procedente es el pago de la prestación y no de los salarios. Una interpretación así ya se apuntaba, precisamente con relación a una Mutua, en la STSJ de Cantabria, de 3 de marzo de 2005 ²⁷, al indicar que «la pretendida incompatibilidad de prestación con salarios, dado que el trabajador acredita estar de baja y continuar precisando asistencia sanitaria, no se vulnera con el reconocimiento de la instancia lo previsto en el artículo 128 de la LGSS, pues, en cualquier caso, lo que no procede es el abono de salarios o liquidación, lo que no es objeto de esta litis, que se contrae al pago de la prestación temporal reclamada y reconocida en la instancia».

Es cierto que con esta interpretación el trabajador resulta perjudicado pues, a la extinción del contrato se une el agravante de que la cantidad que le correspondería percibir por las vacaciones no

²⁶ STSJ de Cantabria de 15 de julio de 2005 (rec. 542/2005).

²⁷ Recurso 1129/2004.

disfrutadas es sustituida por una prestación de la Seguridad Social que es sensiblemente inferior, algo que, por otro lado, beneficia al empresario dando lugar a un «enriquecimiento injusto»²⁸.

En este sentido, quizá sería conveniente una reforma parecida a la del artículo 209.3 del TRLGSS que evite la simultaneidad en el tiempo entre los salarios y la prestación por IT, y que garantice la percepción completa de aquéllos, pero, hoy por hoy creemos que no procede la aplicación analógica ni extensiva de dicho precepto, que se limita exclusivamente a la prestación de desempleo.

El «enriquecimiento injusto» que alegaba la Mutua en el caso objeto de la STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 19 de diciembre de 2005, si fue, sin embargo, tenido en cuenta por la doctrina de suplicación para denegar el pago de prestación por IT acaecida tras la extinción del contrato, cuando la empresa había pagado salarios de tramitación. Por ejemplo, la STSJ de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, de 11 de julio de 2001²⁹, admitió el recurso presentado por la entidad gestora «por cuanto la empresa satisfizo al actor los salarios de tramitación donde ya estaba incluida la baja, aunque por otro concepto. Indudablemente, si esos salarios no se hubieran cobrado, él tendría derecho al percibo de las prestaciones por IT cuyo responsable sería el INSS, pero como quiera que ya, como se dijo, se le ha pagado hasta el 29 de noviembre de 1999, fecha de la conciliación, el interés del demandante ya estaba satisfecho, aunque por otro título, incluso cobrando más cantidad por los salarios que por la baja, de lo que se desprende que habría un enriquecimiento injusto contrario a todo derecho, por lo que la sentencia ha de ser revocada, desestimando la demanda y absolviendo a ambos demandados».

V. NACIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE IT DURANTE EL PERÍODO «VIRTUAL» DE VACACIONES

El legislador también regula la situación del trabajador que, habiendo visto extinguido su contrato y hallándose cobrando la prestación por desempleo total, pasa a la situación de IT. En estos casos, si no constituye recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia del contrato de trabajo, conforme señala el artículo 222.3 del TRLGSS, el trabajador «percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase en situación de IT una vez finalizado el período de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual al 80 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual.

²⁸ Precisamente, se ha criticado que la incompatibilidad entre los salarios correspondientes a las vacaciones y la prestación por IT redundase en un «enriquecimiento injusto» para el empresario que se ve liberado del abono del salario y, salvo en la IT derivada de CC desde el 4.º día al 15.º, ve cómo se traslada la obligación del pago a la Entidad Gestora. Por esta y por otras razones, recientemente la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2005 (rec. 5852/2004) ha reconocido que el solapamiento de la situación de IT con las vacaciones da derecho al trabajador a la ulterior recuperación del tiempo no disfrutado, en tanto no se produzca la caducidad del derecho por agotamiento del año natural, no computando como vacaciones el tiempo transcurrido en situación de baja.

²⁹ Recurso 336/2001.

Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda.

El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de IT o maternidad. Durante dicha situación, la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206».

Si el trabajador, no obstante, se hallare en situación legal de desempleo pero sin percibo de prestación, no tendría derecho a acceder a la prestación por IT, tal y como hemos visto al estudiar el contenido del artículo 125 del TRLGSS.

El supuesto objeto de nuestro comentario no encaja dentro del artículo 222 del TRLGSS, precisamente, porque el trabajador no ha podido empezar a percibir la prestación por desempleo. En este caso se hace preciso aclarar cuándo puede exigir el trabajador el comienzo del cobro de la prestación, si durante el período ficticio o, por analogía con la prestación de desempleo, una vez finalizado dicho período.

Tal y como acabamos de ver, el legislador sólo ha previsto de forma expresa el retraso de la prestación en el caso del desempleo, no para la IT, así pues el comienzo del cobro tiene lugar cuando acaece el hecho causante, la enfermedad o el accidente. Prestación a la que tendrá acceso, siempre y cuando haya cotizado el tiempo exigido por la ley, por encontrarse, de acuerdo con el artículo 125 del TRLGSS, en situación asimilada al alta.

Sólo una vez que ha finalizado el período de vacaciones no disfrutadas el trabajador pasaría a la situación legal de desempleo, en el supuesto, claro está, de que la extinción se hubiera producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, siendo entonces de aplicación el artículo 222.3 del TRLGSS. La determinación del precepto es clara e impone, en relación a la cuantía correspondiente al subsidio de IT, que debe percibir un trabajador que ve extinguida su relación laboral durante la vigencia de la prestación, que la misma sea la que corresponde a la prestación por desempleo, aunque aquélla fuera mayor. Según el artículo 211.2 del TRLGSS la cuantía de la prestación de desempleo se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por 100 durante los 180 primeros días y el 60 por 100 a partir del día 181, siendo las cotizaciones a cargo del Instituto Nacional de Empleo (INEM) ³⁰.

Entendemos que durante el período correspondiente a las vacaciones no disfrutadas se aplican las reglas de la IT: del 4.º día al 15.º debería pagar la empresa el 60 por 100 de la base reguladora y a partir del 16.º la entidad gestora correspondiente, siendo el porcentaje del 75 por 100 a partir del 21.º día. No obstante, la mayoría de las sentencias recaídas precisamente en relación con Mutuas,

³⁰ El artículo 222.1 del TRLGSS, tras la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, únicamente prevé el pago de las cotizaciones por la entidad gestora durante el período comprendido entre la fecha de extinción del contrato de trabajo hasta que se extinga la situación de IT, cuando haya de considerarse que el beneficiario ha pasado a la situación legal de desempleo, no por tanto cuando el trabajador pasa directamente de la situación de IT a la de invalidez permanente total, sin acceder en ningún momento a la situación de desempleo protegido ni, en consecuencia, a percibir la prestación contributiva de desempleo, por más que desde la extinción del contrato de trabajo la cuantía del subsidio por IT se haya de equiparar a la de la prestación por desempleo. *Vid.* STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2005 (rec. 2088/2005).

condenan a éstas a pagar la prestación de IT desde el día de la baja ³¹. Finalizadas las vacaciones la entidad gestora debería abonar en los 180 primeros días el 70 por 100 de la base reguladora de IT y el 60 por 100 a partir del día 181 ³².

Sin embargo, en fechas recientes el TSJ de Cataluña en Sentencia de 1 de diciembre de 2005 ³³ ha reconocido que la regulación contenida en el artículo 209.3 del TRLGSS «es perfectamente extrapolable para la de IT, sin que sobre ésta incida la previsión contenida en el artículo 131.1 párrafo segundo, que se refiere al supuesto normal, no al de interferencia de causa incompatible con la percepción efectiva del subsidio». En consecuencia obliga a la Mutua a abonar la prestación de IT a partir del momento de finalización de las vacaciones, es decir, precisamente cuando debería producirse el paso del trabajador a la situación legal de desempleo. No aclara la sentencia la cuantía de la prestación. ¿Sería reconducible este supuesto al descrito en el artículo 222.1 del TRLGSS? La respuesta será afirmativa en el caso de que se considere que el trabajador, pese a no cobrar el subsidio, se encuentra en situación de IT. Y ciertamente, ésta debe ser la calificación de la situación, pues la baja médica ya se cursó durante las vacaciones ³⁴.

VI. REPERCUSIÓN DEL PERÍODO DE VACACIONES LIQUIDADAS Y NO DISFRUTADAS EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUTUAS QUE COLABORAN EN LA GESTIÓN DE LAS CONTINGENCIAS COMUNES

La Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, como se define en el artículo 2.º del Reglamento sobre Colaboración ³⁵, es una asociación sin ánimo de lucro que colabora en la gestión de determinadas prestaciones de la Seguridad Social bajo la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

³¹ SSTSJ de La Rioja de 15 de junio de 2004 (rec. 168/2004) y Cataluña de 11 de mayo de 2005 (rec. 3559/2004). Hay que tener en cuenta que el Juez está vinculado por lo que las partes solicitan. En los casos analizados la Mutua impugna su responsabilidad pero no la duración de la misma en caso de que se apreciara.

³² STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2005 (rec. 3559/2004). No obstante, en la STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2005 (rec. 2254/2005) la Sala aplica los porcentajes de la prestación de desempleo a partir del día de la baja por IT, es decir, cuando todavía se encuentra el trabajador dentro de los días correspondientes a las vacaciones no disfrutadas.

³³ Recurso 6903/2004.

³⁴ No tiene en cuenta la sentencia que mientras en la prestación de desempleo el legislador partía de una situación de compatibilidad con los salarios correspondientes a las vacaciones, compatibilidad que decide suprimir, en la prestación de IT la situación de partida es precisamente la contraria, la incompatibilidad, habiéndose optado por la sustitución del salario por el subsidio. El problema es más profundo: como regla general, el trabajador que durante las vacaciones causa baja por IT no debería perder el salario, ya que éste se ha devengado durante el año anterior de prestación de servicios. Es decir, la sinalagmaticidad que existe durante 11 meses (el trabajador si trabaja cobra salario) no debe aplicarse al mes de vacaciones, pues el salario de ese mes ya se ha devengado. El mantenimiento del salario debería acompañarse del retraso en el cobro de la prestación de IT hasta que finalizase ese período. De esta forma se solucionarían los problemas que estamos estudiando relativos a la repercusión de las vacaciones devengadas y no disfrutadas sobre la prestación de IT. Dicha solución, sin embargo, no tiene hoy por hoy cobertura legal. La STSJ de Cataluña 11 de noviembre de 2005 (rec. 5852/2004) (nota 28) antes citada podría avalar esta interpretación desde el momento en que pretende garantizar el derecho del trabajador a disfrutar de las vacaciones con el salario íntegro.

³⁵ BOE de 12 de diciembre de 1995.

Conforme al artículo 69.1 del citado Reglamento, los empresarios que opten por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de su personal con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán, asimismo, optar por la cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes de ese mismo personal que se lleve a efecto por la misma Mutua ³⁶.

Dicha opción, que deberá aceptarse obligatoriamente por la Mutua, «comprenderá la totalidad de los trabajadores de los centros de trabajo protegidos por la entidad».

Señala el artículo 70.2 el alcance de la responsabilidad de la Mutua: «una vez formalizada la cobertura, la Mutua asumirá la gestión de la prestación económica por IT por contingencias comunes *del personal al servicio* de sus asociados, en los mismos términos y con igual alcance que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social».

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social deberán asumir la cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes, «en favor de los trabajadores empleados por sus empresarios asociados» que hayan ejercitado esta opción con «igual alcance que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social», con sujeción a las normas reguladoras de dicha prestación en el régimen de la Seguridad Social en que estén encuadrados y con las particularidades recogidas en el presente Reglamento (art. 71.1).

Tradicionalmente y sobre la base de estos preceptos, las Mutuas han defendido que producida la extinción del contrato de trabajo, y por tanto perdida la condición de «trabajador empleado por sus empresarios asociados», ninguna responsabilidad podía derivarse para ellas respecto de aquellos trabajadores que no mantienen relación laboral con la empresa, asumiendo el INSS la responsabilidad del pago directo de la prestación.

La financiación de dichas funciones y actividades se efectuará mediante la entrega a las mismas, a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, de la fracción de cuota que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. A las cotizaciones percibidas por las Mutuas por este concepto no les será de aplicación lo establecido en la Sección 2.^a del Capítulo III del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de Otros Derechos de la Seguridad Social ³⁷, respecto de la aportación para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social (art. 71.2).

La cuestión relativa al alcance de la responsabilidad de la Mutua, cuando el solicitante de la prestación por IT ha perdido la condición de «empleado» de la empresa asociada, ha sido ampliamente estudiada por la jurisprudencia en relación con un caso con el que guarda una total similitud: nos referimos al alcance de la responsabilidad del empresario que se constituye en autoasegurador para lo que concierne a esta contingencia derivada de enfermedad común.

³⁶ Vid. disposición adicional 11.^a del TRLGSS.

³⁷ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, siguiendo la misma línea marcada por la anterior Sentencia de la Sala General de 18 de noviembre de 1997 y en otras posteriores ³⁸, ha sentado una doctrina que puede sistematizarse de la siguiente manera:

1. La regla general para determinar la responsabilidad en materia de prestaciones se contiene en el artículo 126.1 del TRLGSS, a tenor del cual «cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 de la presente ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes». Esta regla se reitera para las prestaciones por IT en los artículos 5.º y 6.º de la Orden de 13 de octubre de 1967, de acuerdo con los cuales corresponde a las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión el reconocimiento del derecho y el pago de las prestaciones por IT cuando éstas se derivan de las contingencias a que afecta su colaboración. Estas normas responden, además, al principio general, vigente en el ámbito del seguro mercantil, en virtud del cual está obligada a asumir la cobertura del siniestro la entidad aseguradora con la que estaba concertado el aseguramiento del riesgo en el momento de actualizarse éste, pues es esa aseguradora la que ha percibido o debe percibir las primas que constituyen la contraprestación económica de aquella cobertura. Es esto lo que sucede en el ámbito de la denominada colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, que, en realidad, implica materialmente una forma de autoaseguramiento en la medida en que la empresa, de conformidad con el artículo 77.1 b) de la LGSS, asume el pago a su cargo de las prestaciones con la consiguiente reducción de la cuota correspondiente ³⁹. En este sentido, el artículo 62.1 del Real Decreto 2064/1995 establece que cuando «se trate de empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión de la asistencia sanitaria y/o de la IT, debidas a enfermedad común o a accidente no laboral, el tipo único de cotización vigente será, asimismo, aplicable a las correspondientes bases de cotización, pero se reducirá la cuota íntegra resultante que correspondería de no existir la exclusión o colaboración, mediante la aplicación de un coeficiente o coeficientes fijados para cada ejercicio económico». El n.º 2 de este artículo añade que «los coeficientes a que se refiere el apartado anterior se determinarán teniendo en cuenta la relación existente entre el gasto presupuestado para las prestaciones a que afecte la exclusión o la colaboración, y el total previsto», sin perjuicio de ponderar las exigencias de solidaridad.

2. En la forma dicha, la empresa ha asumido voluntariamente la cobertura y se libera de la obligación de abonar la parte correspondiente a las fracciones de cuota, pero consecuentemente el INSS se libera también de la responsabilidad de las prestaciones que se causen por estas contingencias. Por ello, cuando se produce el hecho causante que determina el nacimiento del derecho a las prestaciones por IT la empresa que colabora voluntariamente en la gestión es la responsable del abono de esas prestaciones hasta tanto se produzca su extinción por causa legal, sin que pueda liberarse de esta obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, porque esa extinción no extingue el derecho de subsidio, ni altera el sujeto responsable del pago del mismo. Es cierto que el artículo 77 de la LGSS refiere la colaboración de las empresas a la cobertura de su

³⁸ Vid. también SSTs de 30 de abril de 2001 (rec. 4534/1999) y 14 de junio de 2002 (rec. 654/2001).

³⁹ Artículo 9.º de la Orden de 25 de noviembre de 1966, en la redacción de la Orden de 24 de abril de 1980, y normas específicas de las disposiciones anuales de cotización.

propio personal y que el trabajador que ha extinguido su contrato de trabajo durante la situación de IT ya no puede considerarse personal al servicio de la empresa. Pero este dato es irrelevante, porque, de acuerdo con los preceptos ya examinados, la referencia al propio personal opera en el momento del establecimiento del autoaseguramiento y en el del hecho causante: una vez causada la prestación, la entidad que practica el autoaseguramiento responde plenamente de aquélla con independencia de las incidencias que puedan producirse con posterioridad en la relación laboral, porque por ello ha percibido la correspondiente contrapartida económica (la participación en la fracción de cuota correspondiente).

No puede aceptarse que la empresa quede liberada del pago de la prestación causada porque a partir de la extinción del contrato de trabajo ya no exista una cotización individualizada por el trabajador en situación de IT. La responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante⁴⁰. No se paga la prestación porque continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora (en este caso a través de la aplicación de los coeficientes reductores de la cuota), sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones (en este caso las correspondientes reducciones) con anterioridad a la actualización del riesgo. Y, desde luego, es contrario a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al INSS la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

3. Tampoco se altera la conclusión que se sostiene en atención a criterios de eficacia en el control de la situación protegida. Es evidente que el control se mantiene sin ningún problema cuando la colaboración voluntaria afecta también a la prestación de la asistencia sanitaria que es el supuesto normal. Es cierto que la asistencia sanitaria ha de atenderse, según el artículo 7.º de la Orden de 25 de noviembre de 1966, con personal sanitario que preste servicios a la Seguridad Social, pero ello no priva de control a la empresa colaboradora, que es la que propone su designación. Pero en cualquier caso lo decisivo es que la comprobación de la situación del trabajador, a través de la asistencia sanitaria ya iniciada no debe alterarse por el cese cuando se produce su continuidad en los términos previstos en el artículo 6.º del Decreto 2766/1967 y disposiciones concordantes. El control no debe, por tanto, alterarse por el cese.

Por otra parte, aunque la colaboración no se extendiera a las dos prestaciones (asistencia sanitaria e IT) se llegaría a la misma conclusión dentro de una interpretación finalista del artículo 20.4 del ET, porque, aunque este precepto se refiere a los supuestos de vigencia del contrato de trabajo, debe continuar aplicándose cuando, después de extinguido el contrato de trabajo, continúan también manteniéndose a cargo de la empresa determinadas obligaciones en materia de Seguridad Social. En estos casos puede sostenerse que la negativa del beneficiario a los reconocimientos médicos debe llevar aparejada la suspensión de los derechos económicos que pudieran mantenerse a cargo del antiguo empresario. Las facultades de control no se limitan al período de vigencia del contrato de trabajo, sino al período de vigencia de las obligaciones de la Seguridad Social que lo justifican.

⁴⁰ *Vid.* también STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2004 (rec. 4663/2004): trabajador que inicia el proceso de IT después de la fecha del despido y con anterioridad a dictarse la sentencia que lo califica de improcedente; STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2000 (rollo 8128/1998).

Centrándonos de nuevo en la responsabilidad de las Mutuas en relación con el tema planteado en las sentencias objeto de este comentario, hay que concluir que ningún problema se plantea cuando la IT nació antes de la extinción, pues, sería de aplicación la jurisprudencia analizada que afirma el mantenimiento de la responsabilidad de las Mutuas hasta tanto se produzca la extinción de la IT por causa legal, sin que pueda liberarse de esta obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, puesto que dicha extinción no extingue el derecho al subsidio ni altera el sujeto responsable del mismo. *Ad abundantiam* durante el período correspondiente a las vacaciones «ficticias» el contrato, como hemos explicado anteriormente, se prolongaría.

En el segundo supuesto estudiado, el nacimiento de la IT tras la comunicación de extinción del contrato y durante las vacaciones liquidadas y no disfrutadas, ya no hablaríamos del «mantenimiento» de una responsabilidad que había nacido, sino del nacimiento o actualización de dicha responsabilidad, por cuanto el trabajador se ha desvinculado de la empresa y, en la mayoría de los casos, habrá perdido incluso el contacto con ella.

Sin embargo, tal desvinculación desde el punto de vista jurídico no existe pues, afirmado que se mantiene la vinculación con la contratación anterior, **se mantienen también los efectos que son propios del aseguramiento a sus asociados por la Mutua, sin que la Mutua pueda deducir de este pago los efectuados por la empresa en la liquidación que no responden al abono de prestación directa pretendida.** El período de vacaciones no disfrutado, contemplado como situación asimilada al alta, «ha de considerarse como situación similar a la que se produciría si el trabajador disfrutara efectivamente de dichas vacaciones, en lugar de percibir su compensación en metálico». En consecuencia, como afirma GARCÍA NINET, la aseguradora de las contingencias comunes, en este caso la Mutua, debe ser la responsable de las prestaciones ⁴¹.

Por otro lado, las cotizaciones que continúa realizando el empresario correspondientes a los días de vacaciones, al existir el correspondiente documento de asociación con la Mutua que ha de ingresar por ello la fracción de la cuota correspondiente a la contingencia de referencia, conduce igualmente a la responsabilidad de la Mutua ⁴². En última instancia, y a efectos del artículo 69 del Reglamento de las Mutuas, el trabajador continúa siendo «empleado» de la empresa ⁴³.

Además, al haber asumido la Mutua la cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores empleados, y percibir la porción de cuotas correspondiente, resulta obligada al pago de dicha prestación al trabajador en las mismas condiciones y con el mismo alcance que hubiera correspondido hacerlo al INSS en el caso de que la empresa no hubiera optado por que la cobertura se efectuase por entidad colaboradora de la Seguridad Social ⁴⁴.

⁴¹ GARCÍA NINET, J.I., *op. cit.*, pág. 31.

⁴² SSTSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2005 (rec. 2254/2005); La Rioja de 15 de junio de 2004 (rec. 168/2004) y Castilla y León, sede en Valladolid, de 31 de mayo de 2004 (rec. 184/2004).

⁴³ STSJ de la Región de Murcia de 13 de diciembre de 2004 (rec. 1317/2004).

⁴⁴ STSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, de 9 de noviembre de 2004 (rec. 1528/2004) y Aragón de 27 de octubre de 2004 (rec. 838/2004).

Queda, no obstante, por rebatir un último argumento que en alguna de las sentencias de suplicación analizadas objeta la Mutua correspondiente. En concreto, en la STSJ de Cantabria de 15 de julio de 2005⁴⁵, ante un caso en que la IT devino después de extinguido el contrato, la Mutua solicitó que se declarase la responsabilidad del INSS, como entidad aseguradora puesto que la prestación, en este período suple al desempleo, no a los salarios, período en que esta entidad es la perceptora de las cotizaciones del sistema y, específicamente, de los desempleados en situación de IT, no percibiendo la Mutua cotización alguna del desempleo en este período, y en el que además cesa la gestión y control de la situación por dicha entidad pasando a ser del INSS.

Recuerda la Sala que la responsabilidad de las Mutuas se extiende a otros supuestos de falta de cotización, como es el caso del abono de la prestación por IT, durante el período de prórroga de la citada situación, aun sin obligación de abono de cuota alguna⁴⁶. Por otro lado, no es correcto afirmar que la prestación «suple al desempleo» pues el trabajador continúa en situación de IT, aunque el INEM asuma el pago de las cotizaciones por aplicación del artículo 222 del TRLGSS, no pasando a la situación de desempleo hasta que se extinga la citada situación de IT, a tenor de lo establecido en el mismo precepto⁴⁷. Concluye la Sala afirmando que las singularidades que caracterizan a este período no son suficientes, para alcanzar una consideración autónoma de la misma que autorice una variación en la responsabilidad de la prestación inherente a la misma.

VII. FALLO DE LAS SENTENCIAS Y VALORACIÓN

Respecto de la IT nacida durante las vacaciones devengadas pero no disfrutadas, el TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2005 reitera la doctrina conforme a la cual el período de vacaciones no disfrutado, contemplado como situación asimilada al alta, ha de considerarse como situación similar a la que se produciría si el trabajador disfrutara de dichas vacaciones, en lugar de percibir su compensación en metálico y, en consecuencia, la aseguradora de las contingencias comunes de la empresa, en este caso la Mutua ha de ser la responsable de las prestaciones que correspondan a la citada trabajadora. Manifestación de esta situación es la obligación del empresario de cotizar por dicho período, lo que ha efectuado en el caso presente, debiendo tenerse en cuenta que, a tenor de lo establecido en el artículo 71.2 del Real Decreto 1993/1995 precitado, la Mutua percibirá a través de la TGSS una fracción de las cotizaciones efectuadas por el empresario.

En el segundo de los casos sometido a la consideración del Tribunal, IT nacida antes de la extinción del contrato, la Sala considera que no concurre ninguno de los supuestos legalmente previstos en los artículos 131 bis y 132 del TRLGSS que originen la suspensión o extinción del derecho al percibo de subsidio por IT.

⁴⁵ Recurso 542/2005.

⁴⁶ STSJ de Cantabria de 20 de enero de 2005 (rec. 941/2004).

⁴⁷ *Vid.* también STSJ de Cantabria de 28 de enero de 2005 (rec. 972/2004). La Sala afirma que «tampoco la obligación de cotización por el INEM, una vez reconocida en su caso la situación de desempleo, altera la situación de IT previa, al no verse modificado el artículo 131 bis regulador de las causas de extinción de la IT, pues de cumplir el trabajador los requisitos precisos al efecto, y presentar la solicitud preceptiva, nacerá la situación de desempleo y las cotizaciones oportunas, situación que no es automática, en aplicación del artículo 222 del TRLGSS».

Rechaza, asimismo, que se haya producido la denunciada vulneración del artículo 209.3 del TRLGSS. La Sala cierra el paso a una interpretación extensiva o analógica de dicho precepto pues insiste en que «no regula el derecho al percibo de toda clase de prestaciones», como alega la Mutua recurrente, «sino únicamente el derecho al percibo de la prestación de desempleo».

Y es que dicho apartado hay que coherenciarlo con lo dispuesto en el apartado 1 del precepto que expresamente dice que «las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207 de la presente ley deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los 15 días siguientes». Los sucesivos apartados del precepto van regulando distintos supuestos de derecho al percibo de la prestación de desempleo en atención a las particulares circunstancias concurrentes en cada uno de ellos (vacaciones no disfrutadas, derecho al percibo de salarios de tramitación, etc.), pero en ninguno de ellos se contempla el supuesto de prestación por IT. En consecuencia, al aludir el apartado 3 del precepto a «nacimiento del derecho a las prestaciones», se está refiriendo al nacimiento del derecho a las prestaciones de desempleo.

Así figura en el epígrafe del precepto «solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones», que se encuentra inserto en el Capítulo II «nivel contributivo», del Título III de la ley, que aparece bajo el epígrafe «Protección por desempleo».

Por último, la Sala tampoco aprecia que se haya producido un enriquecimiento injusto del trabajador ya que la cantidad que le abona la empresa es para compensar las vacaciones no disfrutadas, cuestión ajena e independiente al derecho del actor al percibo de prestaciones por IT. Si los razonamientos anteriores son impecables, resulta, sin embargo, criticable la insuficiencia de una argumentación más sólida, pues, no puede olvidarse que precisamente si el trabajador hubiera permanecido trabajando, y durante las vacaciones accediera a la situación de IT, el empresario podría descontar los salarios correspondientes a los días de baja por ser incompatibles.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada expresamente en notas a pie de página, la autora ha consultado:

PÉREZ CAMPOS, A.I. [2005]: «Responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato. Comentario a la STSJ de Cantabria, de 15 de julio de 2005 (AS 2005/1916)», *Aranzadi Social*, noviembre, núm. 12, págs. 32-35.