

Complemento de la mejora de la prestación de IT

Durante un proceso de baja médica, se percibe como prestación el equivalente al 75% de la base reguladora para contingencias profesionales y para el caso de enfermedad común, el 60% del 4 al 20 día, y a partir del 21º día, pasa a ser al 75%. El RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, posibilita establecer mejoras de las prestaciones de acción protectora del Sistema Nacional de la Seguridad Social, artículos 53 y 239.



EL PERSONAL de la Comunidad de Madrid está afecto por el "Acuerdo de 2 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno". Dicho acuerdo "...tiene por objeto establecer el complemento retributivo que se haya de abonar a los empleados públicos que se encuentren en situación de incapacidad temporal..."

El citado acuerdo, señala que la cobertura del complemento alcanza el cien por cien de "retribuciones fijas" del mes anterior y, en apartado dos, concreta más acerca del cien por cien de "retribuciones básicas y complementarias, insistiendo en que se refiere a las correspondientes "retribuciones fijas".

Al personal estatutario de Castilla y León se le aplica el decreto ley 3/2018, de 30 de agosto. Esta norma también habla de percibo del cien por cien de las "retribuciones fijas" al igual que para el personal de la Comunidad de Madrid. Este Decreto se complementa con "la Instrucción de 4 de septiembre de 2018, dictada por la Viceconsejera de Función Pública y Gobierno Abierto, que tiene por objeto establecer los criterios para la complementación de la prestación económica en los casos de incapacidad temporal..."

Esta Instrucción detalla expresamente qué retribuciones "entran" en el cien por cien de la mejora de la prestación de la baja médica. En su apartado 3º dice que "se tendrán en cuenta las retribuciones fijas e invariables" percibidas cuando el empleado esté de alta. Sin embargo, en el siguiente párrafo dice que "respecto a las retri-

buciones variables únicamente se tendrán en cuenta el complemento de atención continuada, el complemento de nocturnidad, turnicidad y jornada partida, que se abonan en función de lo percibido según un promedio de los últimos doce meses o proporcional al servicio y este ha sido de duración inferior." Aquí la lectura del decreto y de la instrucción parecen contradictorias puesto que se dice que solo serán el cien por cien de las retribuciones fijas y después habla de incluir otras que denomina variables, refiriéndose al complemento de atención continuada. Este complemento sí está así explícitamente denominado en la Instrucción y en el artículo 43 del Estatuto Marco, como retribución complementaria, que el art. 43.1 dice que "estas pueden ser fijas o variables" sin concretar más.

En La Rioja, este complemento de mejora está regulado en el "Decreto 71/2012, de 28 de diciembre, que regula, con carácter general para todos los empleados del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, los complementos retributivos que complementan las prestaciones económicas de la Seguridad Social." Su artículo 2 establece que este complemento de la prestación de la baja médica alcanza el cien por cien de las retribuciones fijas y periódicas que correspondan al empleado como consecuencia de su puesto de trabajo y de la jornada ordinaria que tenga asignada.

La dirección del Servicio Riojano de Salud (SERIS) tiene su propia interpreta-

ción, parecida a Castilla y León, ya que considera que el complemento de Atención Continuada es retribución variable, pero con resultado contrario: Castilla y León lo incluye en el complemento de incapacidad temporal y La Rioja no lo incluye.

En realidad, este complemento tiene su origen legal en la jornada ordinaria establecida por cuadrante que se programa habitualmente, como jornada laboral habitual.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 2021 (STS Sala 3ª, número 845/2021), entre otras, concluye que "el complemento de atención continuada constituye, en consecuencia, una retribución ordinaria y estable en su devengo, lo que no es incompatible con su naturaleza de retribución complementaria y variable en su cuantía según el número de horas realizadas en cada periodo de devengo mensual".

El Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Logroño, sentencia nº 44/2022, dictaminó conforme a la doctrina del TS antes citada, y resolvió en contra del criterio del SERIS, reconociendo que debe incluirse el complemento de atención continuada dentro de la mejora complementaria a la prestación por baja médica.

Sin embargo, el SERIS sigue sin incluir este complemento de atención continuada en la mejora de la prestación de incapacidad temporal, dictándose resoluciones posteriores en contra de lo establecido por sentencia del Juzgado C o n t e n c i o s o - A d m i n i s t r a t i v o nº 2 de Logroño. Esta situación

está obligando a pleitear ante la jurisdicción competente que, aparentemente, parecía ser claro que es la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, el juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Logroño está considerando que la jurisdicción competente para resolver litigios entre el personal estatutario y el Servicio de Salud de La Rioja en esta materia, de complemento de mejora de las prestaciones de incapacidad temporal, es el orden Social y no el Contencioso-Administrativo, conforme al artículo 2 q) de la Ley de Jurisdicción Social. Dice lo siguiente:

Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social.

Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:

q) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario.

Razona dicha decisión al amparo expreso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, nº 185/2021, de 18 de noviembre. Dicha sentencia, muy sintéticamente, concluye: "... en definitiva, se trata de una mejora de SS y su conocimiento, de acuerdo con el art. 2.q de la LRJS, corresponde al orden social. Por lo cual deberá admitirse el recurso contencioso-administrativo en lo relativo al período de IT y al de permiso por parto".

Debemos señalar que esta misma sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha hace referencia expresa, en su Fundamento de Derecho Cuarto, "sobre la incompetencia de Jurisdicción" al Auto del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2021, Casación nº 1047/2021.

Lo curioso es que este asunto ya está resuelto por el mismo TS, la sentencia, Sala 3ª, de 9 de febrero de 2023, Nº 157/2023, que resuelve precisamente el citado recurso de Casación nº 1047/2021. Y decimos "resuelto" porque esta sentencia reitera doctrina y se hace eco de otras sentencias ya dictadas sobre el mismo asunto, con inclusión del complemento de atención continuada en el complemento de mejora de las prestaciones sociales de la seguridad social, derivadas del embarazo y maternidad, válidamente para la situación de incapacidad temporal, y esa conclusión jurídica no es otra que la siguiente: "El complemento de atención continuada constituye, en consecuencia, una retribución ordinaria y estable en su devengo, lo que no es incompatible con su naturaleza de retribución complementaria y variable en su cuantía según el número de horas realizadas en cada periodo de devengo mensual."

El enredo jurídico viene porque el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha es quien mantiene la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia de la mejora de prestaciones sociales, tanto en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de noviembre de 2021, como en la sentencia del TS de 9 de febrero de 2023.

Entonces, ¿cómo es posible que por un lado, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18/11/2021, considere la incompetencia de su jurisdicción y la sentencia del TS de 9/02/2023 da la razón a la empleada estatutaria que reclamaba el abono del complemento de atención continuada en la mejora de las prestaciones de seguridad social referidas a su situación de baja médica derivada del embarazo?

¿El TS está dictaminando que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para ver este asunto?

El Fundamento de Derecho 3º de la sentencia de 9/02/2023 no "entra" a valorar qué orden jurisdiccional es el competente porque el Servicio Público de Salud de Castilla-La Mancha no lo alegó en las fases previas y, por lo tanto, el TS entiende que se trata de una "cuestión nueva" por lo que no resuelve jurídicamente esta cuestión, dejando este asunto sin resolver.