

Dictamen nº: **282/16**
Consulta: **Consejo de Gobierno**
Asunto: **Consulta Facultativa**
Aprobación: **07.07.16**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 7 de julio de 2016, aprobado por unanimidad, sobre consulta facultativa formulada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, al amparo del artículo al amparo del artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la consulta formulada por Metro de Madrid, S.A., sobre la legalidad de los complementos retributivos abonados a su personal, como “*condición más beneficiosa*”, en los supuestos de Incapacidad Temporal (en adelante, IT).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de marzo de 2016, el consejero delegado y el secretario general de Metro de Madrid, S.A., remiten informe de 22 de febrero de 2016, del secretario general de la citada empresa, sobre la legalidad de los complementos abonados por la empresa a sus trabajadores en caso de IT, a través de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, para que «*se recabe informe jurídico de los máximos órganos consultivos posibles en relación a si, en la situación que se describe en dicho informe, debe prevalecer la aplicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2012, o por el contrario deben respetarse los derechos adquiridos de los trabajadores como posible “condición más beneficiosa”*».

El Consejo de Gobierno, en su reunión de 5 de marzo de 2016, acordó “solicitar, de conformidad con el artículo 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre la consulta de Metro de Madrid, S.A. relativa a la legalidad de los componentes abonados a sus trabajadores en caso de incapacidad temporal”.

A dicho expediente se le asignó el número 158/16, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 7 de julio de 2016.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la petición de informe formulada por el consejero delegado y el secretario general de Metro de Madrid, S.A. y por el certificado del acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno expedido por el Secretario del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sin otra documentación anexa.

Con fecha 15 de abril de 2016, el secretario de la Comisión Jurídica Asesora solicitó la remisión de todos aquellos documentos citados en el informe de 22 de febrero de 2016 sometido a Dictamen. El día 28 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo la documentación solicitada, reanudándose el plazo para la emisión de Dictamen.

El día 27 de mayo de 2016, el secretario de la Comisión Jurídica Asesora solicitó al órgano consultante nueva documentación consistente en documentos relativos a pactos o acuerdos en materia de mejoras

voluntarias a las prestaciones de la Seguridad Social, información relativa al contexto en el que se emitió la comunicación de Dirección de mayo de 1979 y copia de los Convenios Colectivos de la compañía Metropolitano de Madrid, S.A.

Con fecha 4 de julio de 2016 ha tenido entrada en este órgano consultivo la documentación solicitada, reanudándose el plazo para la emisión de dictamen.

TERCERO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del Dictamen:

1. Mediante comunicado de 30 de mayo de 1979, el director gerente de la entonces, “Compañía Metropolitano de Madrid” anunció que, a fin de evitar la huelga convocada, la empresa accedía a pagar determinados conceptos retributivos (los que, hasta entonces no se abonaban) en la situación de incapacidad laboral transitoria. En concreto, reconocía el abono, con la retroactividad correspondiente, de los entonces llamados conceptos de “*incentivos y primas de producción*”, “*plus de nocturnidad*” y “ *premio de puntualidad y asistencia*” (Documento nº 1).

Desde 1979, según se expone en el informe, “*la empresa ha venido complementando a los trabajadores los salarios recibidos en caso de incapacidad temporal, de tal manera que los mismos recibieran durante todo el período de dicha incapacidad el 100% de sus retribuciones*”.

2. La Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas (en adelante Ley 6/2011), publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 29 de diciembre de 2011 estableció en su Disposición Adicional Segunda, bajo la rúbrica, “*incapacidad temporal*”, lo siguiente:

“*A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, con vigencia durante el presente ejercicio y para el conjunto del sector público establecido en el artículo 19.1 de la Ley de Presupuestos Generales*

de la Comunidad de Madrid para 2012, el régimen de prestaciones o complementos económicos en el supuesto de incapacidad temporal se ajustará estrictamente a lo dispuesto en la normativa del régimen de seguridad social que, en cada caso, resulte de aplicación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos supuestos en los que la incapacidad temporal derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso se mantendrán las medidas de mejora de la prestación económica correspondiente que se encuentren previstas en la normativa convencional o reglamentaria aplicable”.

Con 24 de febrero de 2012 tuvo entrada en el registro de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid un escrito de la empresa Metro de Madrid en el que solicitaba instrucciones al respecto. En concreto, pedía que se le habilitara un cauce específico de aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 6/2011, que permitiera evitar la merma de las retribuciones que percibía su personal laboral en las situaciones de enfermedad común o accidente no laboral, siempre que se mantuvieran las tasas de absentismo en los mismos niveles que entonces concurrían (Documento nº 2).

El día 20 de marzo de 2012 se recibió en el Departamento de Recursos Humanos de la empresa un informe de la directora general de Presupuestos y Recursos Humanos en la que ratificaba que el ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 6/2011 estaba referido al conjunto del sector público establecido en el artículo 19.1 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012, en el que se incluían la totalidad de entes y empresas públicas, tanto con forma de entidad de derecho público como forma de sociedad mercantil (Documento nº 3).

No obstante lo anterior, no consta que hasta octubre de ese ejercicio la empresa efectuara deducción alguna a los trabajadores en caso de

incapacidad temporal y continuó abonando el 100% de los salarios devengados.

3. Durante el periodo de junio a julio de 2012 se llevaron a cabo tres convocatorias de huelga en la empresa, por parte del Comité de Empresa, contra el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley de Presupuesto de la Comunidad de Madrid 2012 (la primera, para los días 27 y 29 de junio; la segunda, para los días 2, 3, 6, 10, 11 y 13 de julio y la tercera, para el día 17 de agosto).

Con fecha 9 de julio de 2012 fue publicada en el BOCM la Ley 4/2012, de 4 de julio, de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica.

Esta norma establecía en su artículo 8 lo siguiente:

“Régimen de incapacidad temporal del personal de las fundaciones del sector público autonómico y de los consorcios participados mayoritariamente por la Administración de la Comunidad de Madrid y organismos que integran su sector público.

A partir de la entrada en vigor de la presente ley, con vigencia durante el presente ejercicio y para el personal que presta servicios en fundaciones del sector público autonómico y en consorcios participados mayoritariamente por la Administración de la Comunidad de Madrid y organismos que integran su sector público, el régimen de prestaciones o complementos económicos, en el supuesto de incapacidad temporal, se ajustará estrictamente a lo dispuesto en la normativa del régimen de seguridad social que sea aplicable en cada caso.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos supuestos en los que la incapacidad temporal derive de un accidente

de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso se mantendrán las medidas de mejora de la prestación económica correspondiente que se encuentren previstas en la normativa convencional o reglamentaria aplicable”.

4. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante, Real Decreto-Ley 20/2012), publicado en el BOE el día, 14 de julio, estableció en su artículo 9 lo siguiente:

“Artículo 9. Prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales.

1. La prestación económica de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales se regirá por lo dispuesto en este artículo.

2. Cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y el personal laboral a su servicio en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los siguientes límites:

1º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengan percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrá reconocerse la totalidad de las retribuciones

básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.

2º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

(...)

5. Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.

En ningún caso los funcionarios adscritos a los regímenes especiales de seguridad social gestionados por el mutualismo administrativo podrán percibir una cantidad inferior en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes a la que corresponda a los funcionarios adscritos al régimen general de la seguridad social, incluidos, en su caso, los complementos que les resulten de aplicación a estos últimos.

6. Las referencias a días incluidas en el presente artículo se entenderán realizadas a días naturales.

7. Asimismo, se suspenden los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes que contradigan lo dispuesto en este artículo”.

La Disposición Transitoria decimoquinta del Real Decreto Ley 20/2012 disponía que

“Las previsiones contenidas en el artículo 9 relativas a las prestaciones económicas en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas acogido al Régimen General de la Seguridad Social serán desarrolladas por cada Administración Pública en el plazo de tres meses desde la publicación de este Real Decreto-ley, plazo a partir del cual surtirá efectos en todo caso”.

La Disposición Final Quinta, sobre la habilitación normativa y desarrollo reglamentario, disponía en su apartado 3 que:

“Las Administraciones públicas competentes promoverán las disposiciones normativas que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en este real decreto-ley”.

El Comité de Empresa y los sindicatos de Metro de Madrid, S.A. convocaron una serie de huelgas durante el período julio a octubre de 2012 contra la aplicación en Metro del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio (la primera, para el 31 de julio; la segunda, para el 3 de agosto; la tercera, para los días 17, 21 y 28 de septiembre y 1 de octubre y, finalmente, la cuarta para los días 16, 22 y 29 de octubre).

5. Con fecha 2 de agosto de 2012, el Consejo de Gobierno adopta un Acuerdo por el que se declara de aplicación para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, incluido en el Régimen General de Seguridad Social, el régimen de las prestaciones económicas previstas en la situación de IT por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. Según recoge su parte expositiva, *“en el marco de lo dispuesto en el citado artículo 9.2 del Real Decreto-Ley, el Gobierno de la Comunidad de Madrid considera que resulta adecuado, a fin de no generar diferencias en esta materia entre los empleados públicos en función de su vínculo jurídico y evitar agravios comparativos, aplicar en la Administración de la Comunidad de Madrid los complementos en los supuestos de incapacidad temporal previstos por la normativa estatal para el personal a su servicio”*.

El contenido del Acuerdo es el siguiente:

“Primero.- Aplicación del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio

Al personal del sector público contemplado en el artículo 19.1 de la Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación de empleo, que se encuentre encuadrado en el Régimen General de Seguridad Social, le será de aplicación en el supuesto de incapacidad temporal los criterios de mejora recogidos en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

Segundo.- Resoluciones ejecutivas

La Consejería de Presidencia y Justicia procederá a adoptar las resoluciones que sean necesarias para la ejecución del presente Acuerdo.

Tercero.- Actuaciones técnicas

La Consejería de Economía y Hacienda realizará todas las actuaciones precisas para la aplicación de lo dispuesto en el presente Acuerdo.

Cuarto.- Efectos

El presente Acuerdo producirá efectos a partir del día 1 de septiembre de 2012”.

6. En aplicación del citado Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2012, Metro de Madrid publicó los siguientes avisos:

- Aviso 4/2012, de la entonces Dirección General de Recursos Humanos y Organización, de 23 de agosto de 2012, en el que se ponía en

conocimiento de los trabajadores que, con motivo de la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, se modificarían los complementos salariales por IT derivados de contingencias comunes, de conformidad con lo previsto en dicha norma (Documento nº 4).

- Aviso 55/2012, de la entonces Subdirección de Organización y Planificación Laboral, de fecha 10 de octubre de 2012, en el que se pone en conocimiento de los trabajadores la modificación del proceso de cálculo del complemento retributivo a cargo de la empresa, con efectos a partir del 1 de septiembre de 2012, para situaciones de IT derivadas de contingencias comunes o de accidente no laboral (Documento nº 5).

En los meses de octubre y noviembre de 2012, la empresa modificó los complementos que debían abonarse a los trabajadores en caso de incapacidad temporal y procedió a efectuar los correspondientes descuentos.

7. Tal y como se deduce de los avisos sindicales publicados por diversas organizaciones sindicales (Documento nº 6), el 29 de octubre de 2012, se celebró una reunión con el entonces Gerente del Consorcio Regional de Transportes de Madrid, a la que asistieron el Consejero Delegado y la Dirección de Metro junto con la representación del Comité de Empresa, en la que se trató la aplicación del RDL 20/2012 en lo referente a la supresión de la paga extraordinaria de Navidad y se acordaron reuniones monográficas para abordar diversos problemas como el complemento por IT.

Igualmente, según los avisos sindicales publicados por las organizaciones sindicales de Metro, el 19 de noviembre de 2012 se reunió la Dirección de Recursos Humanos de Metro con la Parte Social para tratar el Complemento por IT, sin llegar a acuerdo alguno.

Finalmente, según otra vez los avisos sindicales publicados, con fecha 22 de noviembre de 2012 se celebró reunión entre la parte social y la

Dirección de Metro en la que esta última reconoce que las limitaciones al abono de complementos en caso de IT no eran aplicables a Metro.

En concreto, según los avisos sindicales publicados, la Dirección "con el Consejero Delegado a la cabeza" comunicó a la Representación de los Trabajadores que "*el Complemento por IT que contempla el RD 20/2012 es de afectación a funcionarios y personal laboral de la CAM, pero no a los empleados públicos de sociedades mercantiles*" como Metro; y que "*los descuentos que hubieran podido practicarse en nómina por este motivo se abonarán en la próxima nómina de diciembre*".

Como consecuencia de la anterior decisión empresarial, se abonaron con carácter retroactivo los descuentos realizados en las nóminas de octubre y noviembre (procesos de IT de septiembre y octubre). Así mismo, "*desde entonces la empresa viene abonando a sus trabajadores complementos en caso de IT, de tal forma que éstos reciben el 100% de sus salarios*".

8. Con fecha 26 de febrero de 2014, la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid resolvió la inscripción y publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del nuevo convenio colectivo de Metro de Madrid, S.A., con vigencia temporal hasta el 31 de diciembre de 2015. La cláusula 18.^a del Convenio establecía:

"Las Partes firmantes del presente Convenio Colectivo acuerdan mantener la vigencia del resto de la normativa laboral interna de Metro de Madrid S.A., ya fuera de origen pactado o reglamentario, en todo aquello que no estuviere regulado o no contraviniere lo dispuesto en este Convenio Colectivo o se opusiese a la legislación de mayor rango.

Asimismo, manifiestan su voluntad de mantener el mismo rango normativo y eficacia que cada una de aquellas disposiciones de orden interno tuviera a la firma de este documento".

9. Con fecha 22 de febrero de 2016, el Secretario General de Metro de Madrid, S.A., emite informe sobre la legalidad de los complementos abonados por la empresa a sus trabajadores en caso de IT que concluye:

«Primera.- Los abonos realizados por Metro de Madrid durante el ejercicio 2012, complementando las retribuciones recibidas por los trabajadores en los supuestos de IT, deben considerarse contrarios a una norma con rango de ley limitativa y restrictiva, que se superponía a los acuerdos y prácticas empresariales en dicha materia como era la Disposición Adicional Segunda de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de la CAM, de Medidas Fiscales y Administrativas, la cual, sin embargo, estuvo tan solo en vigor durante el ejercicio 2012.

Los pagos indebidamente realizados a los trabajadores durante dicho ejercicio, no pueden, sin embargo, ser reclamados a los trabajadores, al haber transcurrido el año de prescripción que para reclamar tales prestaciones económicas establece el art. 59 del ETT.

Segunda.- El posterior art. 9 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, con el carácter de normativa básica estatal aplicable también en la Administración de la CAM, estableció una serie de límites cuantitativos a las compensaciones que las Administraciones Públicas podrían abonar en las situaciones de IT derivada de contingencias comunes al personal funcionario o laboral a su servicio incluido en el Régimen General de Seguridad Social, no incluyendo dentro de su ámbito de aplicación al personal de las sociedades mercantiles públicas como Metro de Madrid, S.A.

No obstante lo anterior, el Acuerdo de 2 de agosto de 2012, del Consejo de Gobierno de la CAM, en desarrollo de lo establecido por la citada normativa básica estatal, amplió el ámbito de aplicación del citado Real Decreto-Ley 20/2012, disponiendo que los límites establecidos por el Real Decreto-Ley 20/2012 para el pago de

complementos en las situaciones de IT serían aplicables a todo el “personal del sector público contemplado en el artículo 19.1 de la Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación de empleo, que se encuentre encuadrado en el Régimen General de Seguridad Social”, dentro del cual sí está incluido el personal de Metro de Madrid, S.A.. Con ello, podrían imputarse a dicho Acuerdo los vicios de forma y constitucionalidad argumentados en el fundamento 3.2 del presente informe.

Tercera.- En tanto que el Acuerdo de 2 de agosto de 2012 no ha sido impugnado ni anulado por ningún Tribunal jurisdiccional, el mismo se mantiene vigente y eficaz. Sus prescripciones, además, han sido posteriormente reiteradas por las Órdenes dictadas por la Consejería de Economía y Hacienda para la gestión de los asuntos de personal en las empresas y entidades públicas de la Comunidad de Madrid, como la “Orden de 13 de febrero de 2015, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establecen los criterios para el ejercicio 2015 en relación con la gestión de recursos humanos y la aplicación de medidas de contención de los gastos de personal para las empresas públicas y entes del sector público de la Comunidad de Madrid”.

Cuarta.- Tal y como se ha argumentado en el fundamento cuarto del presente informe, debemos considerar que el abono por parte de Metro de Madrid de un complemento hasta el 100% del salario en los supuestos de IT constituye una “condición más beneficiosa”, al apreciarse una clara voluntad empresarial de conceder una mejora salarial manifiesta, expresa y colectivamente más favorable que lo establecido en el marco legal y convencional aplicable (TS 28-2-1994) y, en concreto, en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2012. De este modo, esta condición más beneficiosa reconocida por

el empresario de modo que no puede, unilateralmente, modificar su contenido o decidir su supresión (STS 20-1-2009).

Quinta.- El Acuerdo de 2 de agosto de 2012 del Consejo de Gobierno de la CAM, en la medida en que recogía una serie de limitaciones para las empresas públicas con forma de sociedad mercantil que no se amparaban en las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, carecía del rango suficiente para imponerse sobre la práctica colectiva asentada en la empresa, constitutiva, como hemos razonado, de una “condición más beneficiosa” favorable para el trabajador”».

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora resulta facultativa, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 5.4 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y reguladora de la Comisión Jurídica Asesora, a cuyo tenor el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid o su Presidencia podrán recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en aquellos otros asuntos que lo requieran por su especial trascendencia o repercusión.

SEGUNDA.- Régimen jurídico laboral de la IT.

La IT es la suspensión temporal de la prestación de trabajo por una causa justificada y legalmente regulada. Esta causa se identifica como una situación de incapacidad para trabajar (por ello se produce la suspensión del contrato). Según doctrina jurisprudencial reiterada, la IT constituye una de las causas primarias de necesidad social, consistente en la incapacidad de ganancia (por defecto de ingresos) debido a la

incapacidad patológica y sobrevenida para trabajar. Es configurada en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), al igual que lo hacía su antecesora, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por dos caracteres auténticamente definitorios: a) la falta o disminución de la integridad psicosomática, que ha de ser patológica, sobrevenida y genéricamente involuntaria, que precisa asistencia médica (STS de 15-2-1988), y b) la transitoriedad, en cuanto a límite temporal establecido legalmente para una mejor ordenación protectora. Además, el artículo 169 de la LGSS (al igual que lo hacía el artículo 128 de la LGSS de 1994) y la jurisprudencia han venido exigiendo con reiteración, además de la transitoriedad, que concurran de forma conjunta para que el sistema despliegue su acción protectora, la merma fisiológica que necesita tratamiento médico y que aquélla no permita la ejecución de las tareas profesionales, de tal manera que ni cabe la asistencia ambulatoria compatible con la actividad profesional, ni basta la incapacidad que no requiera asistencia sanitaria.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 241/2006) que “*la contingencia protegida en los artículos 128 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social es esencialmente temporal, denominada en la Orden de 13 de octubre de 1967 como incapacidad laboral transitoria, hasta la reforma operada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre; de esta nota de la transitoriedad que la caracteriza da cuenta la normativa vigente y, en, concreto, el artículo 128 ya aludido que considera situación determinante de incapacidad temporal la debida a enfermedad o accidente, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo; la contingencia se caracteriza, como puso de manifiesto esta Sala en sentencia de 11 de diciembre de 2001 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 651/2001), por tres notas: necesidad de asistencia sanitaria;*

impedimento o incapacidad para el trabajo y duración incierta pero limitada a un tiempo máximo inicial de doce meses, con posible prórroga. El carácter transitorio de esa contingencia tiene su reflejo en las distintas causas por las que se extingue, enumeradas en el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social y, entre ellas, "por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente"; esto supone que el alta médica parte de la base de que el trabajador no precisa asistencia de la Seguridad Social y está capacitado para trabajar; en esas condiciones, el alta médica puede implicar ausencia de incapacidad permanente, es decir, por curación, o con secuelas determinantes de una incapacidad permanente".

La primera consecuencia de esa suspensión se materializa en la cesación de servicios por parte del trabajador y, en consecuencia, el cese temporal por el empresario de su obligación recíproca de remuneración del mismo. Durante este tiempo de IT, el trabajador tiene derecho a una prestación económica temporal que cubre la falta de ingresos que se produce cuando el trabajador, debido a una enfermedad o accidente, está imposibilitado temporalmente para trabajar y recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Esta prestación económica está incluida dentro de la acción protectora del régimen general y de los regímenes especiales que integran el sistema de la Seguridad Social (ex. artículo 42.1.c) del TRLGSS). La cuantía de esta prestación está en función de la base reguladora y de los porcentajes aplicables a la misma.

Así, en el caso de incapacidad derivada de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador por contingencias comunes en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiere (30, si el salario es mensual; 28, 29, 30 ó 31, si el salario es diario).

El porcentaje, en caso de enfermedad común y accidente no laboral será de 60% desde el 4º día de baja, hasta el 20º inclusive y el 75% desde el 21º día de baja en adelante.

En los supuestos de enfermedad común o de accidente no laboral, el abono de la prestación al trabajador corre a cargo del empresario desde los días 4 a 15 de baja en el trabajo, ambos inclusive y, a partir del día 16 de baja, la responsabilidad del abono de la prestación corresponde al INSS o mutua colaboradora con la Seguridad Social, en su caso, aun cuando la materialidad del pago se continúe llevando a cabo en concepto de pago delegado por la misma empresa.

Ahora bien, esta prestación económica, puede ser objeto de mejora voluntaria (ex. artículo 43 TRLGSS -39 del TRLGSS de 1994-) y el empresario viene obligado a satisfacer al trabajador en IT aquellas mejoras voluntarias de la prestación de Seguridad Social reconocidas en Convenio Colectivo. Mejoras voluntarias que cobran especial relevancia en el caso de IT por contingencias comunes, porque los tres primeros días de IT, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, carecen de protección económica alguna y el resto de los períodos sufren una reducción del 40% (del 4º día de baja al 20º y del 25% desde el día 21 de baja en adelante).

Estas mejoras, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de abril de 2006 (recurso nº 333/2005) y 7 de julio de 2009 (recurso nº 2175/2008) no son, sino, *“un mero complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en Convenio Colectivo que, por más que incida en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la catalogación de tal y si, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora el verdadero subsidio o prestación previstos legalmente para los casos de incapacidad temporal”*.

TERCERA.- Regulación legal y convencional de las mejoras voluntarias de la IT en la Comunidad de Madrid.

Hasta el año 2012, (véase, por ejemplo el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid para los años 2004-2007) el régimen de IT para el personal laboral al servicio de la Comunidad de Madrid, previsto en el artículo 61, era el siguiente:

En los casos de ausencias por accidente de trabajo, enfermedad profesional, maternidad y, enfermedad común y accidente no laboral de más de tres días de duración, en ambos casos, el trabajador percibía el 100 por 100 de su salario ordinario desde el primer día de baja hasta el término de la IT, siempre que se cumplieran los requisitos exigidos para los partes médicos de baja, confirmación y alta de la normativa reguladora de la Seguridad Social.

En el caso de la empresa Metro de Madrid, S.A., con su antecedente en la Compañía Metropolitana de Madrid, tenía disposiciones sobre esta materia que se remontan al año 1943. Cabe citar, la Reglamentación de Trabajo, aprobada por Orden Ministerial de 10 de febrero de 1943, en sus artículos 53 y 56, establecía que:

“Todo el personal de plantilla que lleve un año de servicio tendrá derecho, a partir del tercer día de enfermedad, a percibir el 75 por 100 de su remuneración, y cumplido el octavo día, a un subsidio igual a su remuneración íntegra durante cinco meses, continuos o alternos; y los que llevaran más de ocho años de servicios, hasta ocho meses de retribución. Idéntico régimen se seguirá con los que, no obstante ser de plantilla no tengan el año de servicios, con la salvedad de que no podrán percibir más de 37 días de haber íntegro.

Los períodos de enfermedad con remuneración íntegra se contarán dentro del plazo de los 12 meses siguientes a la fecha de la primera baja que tenga el Agente en el año natural”.

Artículo 56: *“En los casos de accidentes de trabajo que produzcan incapacidad temporal, durante los siete primeros días, se abonarán las indemnizaciones que marca la Ley, y a partir del octavo día, su*

remuneración íntegra hasta el máximo que dure legalmente dicha incapacidad. (...)".

El artículo 65 del Reglamento de Régimen Interior, reformado en virtud de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 14 de abril de 1948 (B.O.E. de 11 de mayo), y según resolución número 2005 de 10 de diciembre de 1948, contemplaba el percibo del sueldo o jornal íntegro desde el primer día de la baja en los supuestos de accidente de trabajo.

La Reglamentación de Trabajo, aprobada por la Orden de 28 de marzo de 1969, regulaba la cuestión en los mismos términos que su predecesora, en los artículos 71 y 73.

El Real Decreto-Ley 13/1978, de 7 de junio (publicado en el BOE de 8 de junio) adoptó medidas urgentes para el Ferrocarril Metropolitano de Madrid, disponiendo la intervención temporal por el Estado de la entonces denominada "Compañía Metropolitano de Madrid. S.A.", con motivo de la situación de descapitalización en que se encontraba. A tales efectos, se constituyó un Consejo de Intervención, con personalidad jurídica y patrimonio propios, a modo de Entidad de derecho público que, bajo la dependencia del Ministro de Transportes y Comunicaciones, asumió la gestión del servicio.

En este contexto, se emite la Comunicación de Dirección de 30 de mayo de 1979 de la Compañía Metropolitana de Madrid en el que se acordó el pago de los Incentivos y Primas de Producción, Plus de Nocturnidad y Premio de Puntualidad y Asistencia, durante las situaciones de Incapacidad Laboral Transitoria. La petición o reclamación de la Parte social consistía en que los trabajadores de la empresa en situación de Incapacidad Laboral, derivada de enfermedad común, se les abonase todos los complementos o conceptos salariales que devengarían de encontrarse prestando servicio o trabajo efectivo.

En el Convenio Colectivo 1994-1996 de Metro de Madrid, S.A., el Anexo 3, relativo a la *"prima de nocturnidad"* establecía que la citada

prima se abonaría al trabajador únicamente por cada hora o fracción de la misma efectivamente trabajada en horario nocturno de acuerdo con la fórmula pactada, contempla entre sus excepciones el abono del plus de nocturnidad al

“...trabajador que tuviera asignado en cuadros de servicio anuales, semestrales, trimestrales o mensuales, un turno de trabajo que coincida en todo o en parte con las horas consideradas nocturnas y que desde antes o durante la vigencia de dicho turno nocturno se encontrara o pasara, respectivamente, a la situación de ILT percibirá mientras permanezca en dicha situación y con asignación de turno nocturno, la prima de nocturnidad en la cuantía que le correspondiese como si efectivamente estuviera realizando el turno con horas nocturnas en cada momento asignado en cuadros”.

Excepción reconocida también en el anexo III del Convenio Colectivo 1998-2000, al tiempo que en la cláusula 7.1.M) ligaba la prima de eficacia (complemento salarial ligado a la mejora de la productividad en la empresa) a la IT derivada de accidente de trabajo.

Regulación que mantienen los Convenios Colectivo 2001-2004, Convenio Colectivo 2005-2008, Convenio Colectivo 2009-2012. Este dos último añade al salario un complemento de Metro Ligero, devengado por día efectivamente trabajador si bien *“a efectos de devengo y percibo del referido complemento, tendrán el tratamiento de días de trabajo efectivo las jornadas inicialmente laborables coincidentes con períodos de tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente de trabajo y los días de Permiso para Asuntos Propios con derecho a retribución”*.

Este régimen cambió con la aprobación de la Ley 6/2011, al contemplar, para el año 2012 y para el conjunto del sector público de la Comunidad de Madrid que el régimen de prestaciones o complementos económicos en el supuesto de IT se ajustaría estrictamente a lo dispuesto en la normativa del régimen de Seguridad Social que, en cada caso,

resultara de aplicación. Es decir, la nueva ley dejaba sin efecto lo estipulado en los convenios y acuerdos de personal sobre las mejoras voluntarias consistentes en el complemento de la IT, con la excepción de los supuestos de IT derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, “*en cuyo caso se mantendrán las medidas de mejora de la prestación económica correspondiente que se encuentren previstas en la normativa convencional o reglamentaria aplicable*”.

Las sucesivas leyes de Medidas Fiscales y Administrativas para los años 2013, 2014, 2015 y 2016 no han incluido una disposición sobre la IT semejante a la contenida en la Ley 6/2011.

No obstante, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, publicado en el BOE el día, 14 de julio, contempló la posibilidad, por parte de cada Administración Pública, de establecer estas mejoras voluntarias en el complemento de la prestación económica por IT del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales, pero con unos límites:

“*1º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengan percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad . A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrá reconocerse la totalidad de las*

retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias.

2º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad”.

Por tanto, cada Administración Pública podía eliminar el complemento retributivo de mejora de la prestación económica o permitirlo, pero sin superar los límites establecidos por la normativa básica estatal, salvo supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados (los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica) se pudiera establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento.

El Real Decreto-Ley establecía por último, la suspensión de “*los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes que contradigan lo dispuesto en este artículo*”.

En la disposición adicional decimoctava, el tantas veces citado Real Decreto Ley, determinaba para el Estado los complementos en los supuestos de IT para el “*personal funcionario y laboral de la Administración General del Estado y organismos y entidades de ellas dependientes acogidos al Régimen General de la Seguridad Social*”.

Finalmente, la disposición transitoria decimoquinta del Real Decreto Ley 20/2012 contemplaba el desarrollo normativo de las prestaciones económicas en la situación de IT del personal al servicio de las Administraciones Públicas acogido al Régimen General de la Seguridad Social en el plazo de tres meses desde la publicación de este Real Decreto-ley, “*plazo a partir del cual surtirá efectos en todo caso*”. De manera que, a falta de desarrollo normativo por la Administración Pública competente, en el plazo de tres meses a contar desde la

publicación del Real Decreto-Ley, éste sería de aplicación como normativa básica estatal.

En el ejercicio de esta habilitación la Generalidad de Cataluña o la Generalidad Valenciana dictaron decretos leyes sobre la materia (v.gr. Decreto Ley 2/2012, de 25 de septiembre, sobre mejoras de la prestación económica de IT del personal al servicio de la Administración de la Generalidad, de su sector público y de las universidades públicas catalanas).

Comunidades autónomas como el Principado de Asturias y Andalucía dictaron leyes sobre la materia, (Ley 4/2012, de 28 de diciembre, de medidas urgentes en materia de personal, tributaria y presupuestaria de Asturias y Ley 3/2012, de 21 de septiembre de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía).

La Comunidad de Madrid, sin embargo, no dictó norma alguna sobre la materia, limitándose a aprobar el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2012 en el que, como no podía ser de otro modo, se remitía a la normativa estatal aplicable en defecto de normativa autonómica, esto es, los criterios de mejora recogidos en la disposición adicional decimoctava del Real Decreto-Ley 20/2012, previstos para su personal al servicio de la Administración General del Estado, adelantando su eficacia al 1 de septiembre de 2012 y no al 13 de octubre, como preveía el Real Decreto-Ley 20/2012, en su disposición transitoria decimoquinta.

La primera advertencia que debe realizarse es que un Acuerdo del Consejo de Gobierno no es una disposición normativa ni puede considerarse que desarrolla lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto Ley 20/2012.

Un Acuerdo del Consejo de Gobierno es un acto administrativo y, como tal, produce efectos jurídicos, pero no se trata de una disposición de carácter general.

El Consejo de Gobierno tiene potestad reglamentaria pero, como es doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante Ley 50/1997), que resulta de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y en la disposición final segunda de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (v.gr. dictámenes 1/16, de 6 de abril, 51/16, de 28 de abril, 124/16, de 26 de mayo, 147/16, de 2 de junio y 235/16, de 23 de junio).

En el presente caso no ha habido tal procedimiento ni ha acordado un decreto.

Como señala la parte expositiva del acuerdo, el Real Decreto Ley 20/2012 habilitaba a cada Administración Pública para que en el plazo de tres meses desde su publicación y en el ámbito de sus respectivas competencias, *“pueda completar las prestaciones que percibe el personal a su servicio que se encuentre incluido en el Régimen General de Seguridad Social en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los límites que asimismo se fija en dicha disposición legal con el carácter de normativa básica”*.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid decidió no completar estas prestaciones y, en consecuencia, aplicar la normativa básica estatal contenida en la Disposición Adicional decimoctava del Real Decreto-Ley 20/2012.

CUARTA.- Naturaleza de Metro de Madrid, S.A.

La sociedad Metro de Madrid como sociedad pública mercantil, forma parte del Sector Público de la Comunidad de Madrid.

El artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que:

“A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.*
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.*
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*
- d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.*
- e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.*
- f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de*

permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, dispone que, a los efectos de tal Ley, el sector público se considera integrado por las siguientes unidades:

“1. El sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:

a) Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central.

b) Comunidades Autónomas.

c) Corporaciones Locales.

d) Administraciones de Seguridad Social.

2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas”.

En concreto, para determinar el concepto de personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid hay que estar al artículo 19.1 de la Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, que establece:

“A efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público de la Comunidad de Madrid:

- a) La Administración de la Comunidad de Madrid y sus Organismos Autónomos.*
- b) El Ente Público "Radio Televisión Madrid" y las sociedades anónimas dependientes del mismo.*
- c) Las Universidades Públicas y Centros Universitarios de la Comunidad de Madrid.*
- d) Las Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público y con forma de sociedad mercantil.*
- e) Los Entes Públicos a que se refiere el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, incluidos en los artículos 2 y 3 de la presente ley”.*

El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de julio de 2014 (recurso 200/2013) declara al efecto que *“si una sociedad mercantil está participada mayoritariamente por cualquiera de las Administraciones Públicas; Entidades Gestoras de la Seguridad Social; organismos autónomos; por otras sociedades mercantiles del sector público; etc., ha de*

considerarse como pública. La mayoría del capital social debe estar en manos de uno o varios sujetos de los que aparecen mencionados en cualquiera de las primeras seis aperturas (de las nueve existentes) del artículo 3.1 LCSP”.

A la vista de lo expuesto debe concluirse que el personal de Metro de Madrid, S.A. es personal del sector público de la Comunidad de Madrid.

QUINTA.- Abonos realizados por Metro de Madrid a sus trabajadores en situación de IT durante el ejercicio 2012.

Los abonos realizados por Metro de Madrid complementando las retribuciones recibidas por los trabajadores en los supuestos de IT durante el año 2012 contravienen frontalmente lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 6/2011 , al contemplar, para el año 2012 y para el conjunto del sector público de la Comunidad de Madrid (incluidas sociedades mercantiles, como Metro de Madrid) que el régimen de prestaciones o complementos económicos en el supuesto de IT se ajustaría estrictamente a lo dispuesto en la normativa del régimen de Seguridad Social que, en cada caso, resultara de aplicación.

Así lo indicaba el informe de la directora general de Presupuestos y Recursos Humanos en el que, en respuesta a la consulta planteada por Metro de Madrid, ratificaba que el ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 6/2011 estaba referido al conjunto del sector público establecido en el artículo 19.1 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012, en el que se incluían la totalidad de entes y empresas públicas, tanto con forma de entidad de derecho público como forma de sociedad mercantil.

Ahora bien, las cantidades satisfechas por Metro de Madrid a sus trabajadores, en contra de lo establecido en la Ley 6/2011, no pueden reintegrarse dado el tiempo transcurrido desde su abono. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo en Sentencias de 4 de abril de 2006 (recurso nº 333/2005) y 7 de julio de 2009 (recurso nº 2175/2008) considera que estas mejoras constituyen “*un complemento*

voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en Convenio Colectivo que, por más que incida en una prestación de Seguridad Social, no puede merecer la catalogación de tal” por lo que no es posible tomar como plazo para su reintegro del plazo de cuatro años previsto en el TRLGSS.

En consecuencia, resulta de aplicación el plazo previsto en el artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, ET, que prevé

“Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de trato único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse”.

SEXTA.- Sobre la aplicación del Real Decreto-Ley 20/2012, al personal de Metro de Madrid, S.A.

Como ha quedado expuesto anteriormente, Metro de Madrid, S.A. es una sociedad mercantil pública que forma parte del sector público de la Comunidad de Madrid. Su personal es, por tanto, personal del sector público de la Comunidad de Madrid, pero no es personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid y organismos y entidades de ellas dependientes. Esta distinción no es baladí porque existen preceptos del Real Decreto-Ley 20/2012 que son de aplicación al personal del sector público y otros que no. En concreto, el artículo 9 de esta norma solo hace referencia al *“personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales”*.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2016 (recurso 23/2016) que dice:

“d) El art. 9 (que afecta a esta Litis) habla literalmente de las prestaciones de Incapacidad Temporal del Personal al servicio de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales afirmando que se regirán por lo dispuesto en este artículo.

Dicho artículo en su apartado 4 contempla su aplicación, además a los integrantes de la carrera judicial y Fiscal, Secretarios Judiciales y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

A partir de lo expuesto aparece claro que el legislador, en el RD Ley 20/2012 distingue entre Sector Público y Administraciones Públicas, y mientras unos preceptos se refieren al primero, en el art. 9 utiliza la expresión más reducida de Administraciones Públicas que engloba a la Administración del Estado, la Autonómica, la Local, las Entidades Gestoras y los órganos constitucionales del Estado, pero no las Sociedades Mercantiles Públicas, ni las Entidades Públicas Empresariales.

Por ello, siendo cierto que la entidad recurrente entra en el concepto de Sector Público, lo cierto es que el artículo 9 del RDL 20/2012 se refiere literalmente de las prestaciones de Incapacidad Temporal del Personal al servicio de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales afirmando que se regirán por lo dispuesto en este artículo, por ello, el referido precepto no es de aplicación a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. El legislador es, obviamente, técnico y preciso en el uso de los términos, y la Ley citada distingue en sus artículos derechos que se eliminan o restringen para todo el personal del Sector Público; y derechos que se limitan o restringen solo para el personal de las Administraciones Públicas.

Y es el propio legislador el que hace tal distinción en el artículo 3 de la Ley de contratación en el Sector Público, separando por un lado que es Sector Público y por otro quienes son Administraciones Públicas.

Es obvio, pues, que la regla del art. 9 de la Ley 20/2012 que limita el complemento de Incapacidad Temporal no se aplica a la empresa demandada que no es Administración Pública, aunque está en el Sector Público”.

En consecuencia, el Real Decreto-Ley 20/2012, normativa básica estatal aplicable en la Comunidad de Madrid, no resulta de aplicación al personal de Metro de Madrid, S.A., al no tener la condición de personal al servicio de la Comunidad de Madrid.

SÉPTIMA.- Incidencia del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2012 en el personal de Metro de Madrid, S.A.

Como ha quedado expuesto, el Acuerdo del Consejo de Gobierno no es una disposición general dictada en desarrollo del Real Decreto-Ley 20/2012, sino un acto en el que el Consejo de Gobierno de Gobierno de la Comunidad manifiesta su intención de no legislar en la materia y, en consecuencia, que resulte de aplicación la normativa básica estatal, en concreto lo establecido en la disposición adicional decimoctava del Real Decreto-Ley 20/2012.

Aunque el Acuerdo del Consejo de Gobierno tanto en su título como en su parte expositiva hace referencia “*al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid*”, en su punto primero incluye al “*personal del sector público contemplado en el artículo 19.1 de la Ley 5/2011, de 23 de diciembre*”. Esta defectuosa redacción del Acuerdo debe interpretarse de manera sistemática, en la que debe tenerse en cuenta no solo el título y la parte expositiva que hacen referencia “*al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid*”, sino a la norma a la que se remite que establece claramente su aplicación al “*personal funcionario y laboral de la Administración General del Estado y organismos y entidades de ellas dependientes acogidos al Régimen General de la Seguridad Social*”.

En relación con las Órdenes dictadas por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda para la gestión de los asuntos de personal en las empresas y entidades públicas de la Comunidad de Madrid, es preciso advertir que, en materia de la IT, la Orden de 14 de abril de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, al igual que lo hicieron las anteriores, se limita a remitir a la normativa estatal constituida por la Instrucción conjunta de 15 de octubre de 2012, de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, por la que se dispone dar cumplimiento a las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad.

Sobre esta Instrucción la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 329/2013) ha declarado:

“En el caso presente se trata de una Instrucción Conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos de 15 octubre 2012 cuyo contenido no desarrolla ni ejecuta el Real Decreto Ley 20/2012, tan solo da cumplimiento al mismo y se dirige dicha Instrucción a los Subsecretarios, Dirección General de la Función Pública, Dirección General de Costes y Pensiones Públicas para que tengan unos criterios comunes en la gestión de la incapacidad temporal que posibiliten un tratamiento homogéneo. No estamos más que ante una mera Instrucción, y no ante un reglamento ejecutivo, o una Orden ejecutiva que precise el informe del Consejo de Estado. Se trata de una Instrucción, como se ha dicho, que se limita a aclarar, sin innovar, el Real Decreto Ley 20/2012 y su contenido es fiel reflejo de dicho RDLey. No aporta nada novedoso, efectúa remisiones al ordenamiento jurídico sobre la delimitación de la incapacidad temporal, o lo que debe entenderse por incapacidad temporal y cómputo de plazos de la misma, y se modula el régimen retributivo durante esa incapacidad temporal. Además la Secretaría de Estado

no ostenta competencia para innovar el ordenamiento jurídico, por eso con la Instrucción Conjunta las Secretarías de Estado dictan unos criterios orientativos de utilidad práctica para los aplicadores de la misma.

En consecuencia, al haberse dictado en una Instrucción que se limita a trasladar el contenido del art. 9 RDLey 20/2012 y concretar como debe ser su aplicación no es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado”.

OCTAVA.- Abonos realizados por Metro de Madrid a sus trabajadores en situación de IT durante los ejercicios posteriores a 2012.

Limitada la vigencia de la Ley 6/2011 al año 2012, y no resultando de aplicación la normativa básica estatal en materia de IT contenida en el Real Decreto-Ley 20/2012 al personal de Metro de Madrid, S.A., a partir del 1 de enero de 2013 los abonos realizados por Metro de Madrid, S.A. a sus trabajadores en caso de IT aunque no estaban previstos expresamente como tales en el Convenio Colectivo, sí podrían tener la consideración de condición más beneficiosa.

La condición más beneficiosa constituye un principio aplicativo propio del ordenamiento laboral que, comúnmente fundamentado en el artículo 3.1.c) e incluso en el 25.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, está basado en una reconocida creación jurisprudencial y doctrinal. De forma simplificada, supone que el trabajador pueda exigir al empleador el respeto de las condiciones laborales que, constituyendo derechos adquiridos, resulten más beneficiosas que las mínimas exigibles por aplicación de las dos principales fuentes normativas, esto es, la ley y el convenio colectivo.

Se trata de la posibilidad de hacer inmunes a la ley o a la negociación colectiva determinados derechos reconocidos a título individual al trabajador en su contrato de trabajo, de forma que el empresario quede

obligado a respetar las ventajas que aquél disfrute en virtud de concesión unilateral o de pacto individual, al extremo de no poder menoscabarlas unilateralmente por decisiones o normas ulteriores a su efectiva incorporación al contrato. Así, una vez incorporada al nexo contractual, la condición no puede suprimirse por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito - art. 3.1.c)ET - y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable (según doctrina consolidada, resumida en las -rcud. 4416/2009 -, 26 de septiembre -rcud. 4249/2010 - y 14 de octubre de 2011 -rcud. 4726/2010 – y 14 de mayo de 2013 (recurso de casación 96/2012-).

Por su dilatada evolución jurisprudencial y por su utilización dispar, no resulta fácil compendiar las características de este principio. No obstante, algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo más recientes permiten sintetizar sus principales rasgos: a) su incorporación al contrato puede venir derivada tanto de un acuerdo expreso como tácito, pero requiere la voluntad de otorgar, mediante acto expreso o consentimiento implícito e individualizado, unos beneficios que superen las condiciones legales o pactadas; b) la decisión unilateral no se perfecciona sólo por el mero transcurso del tiempo, por lo que la tolerancia o la condescendencia no originan una condición más beneficiosa; no es la mera persistencia en el tiempo la que crea la condición, sino que dicha persistencia debe ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables; c) la conducta del empresario no debe estar viciada por error en su reconocimiento ni forzada a acarrear consecuencias distintas de las realmente queridas en razón de las circunstancias que en el momento se tuvieron en cuenta; d) la norma legal o convencional que suceda a la que se mejoró no influirá ni modificará la condición más beneficiosa porque se trata de un derecho incorporado contractualmente al patrimonio del trabajador que no queda

afectado por regulaciones posteriores más restrictivas; y, en fin y resumidamente, e) ha de tratarse de una condición lícita y no contraria a las normas laborales de derecho necesario absoluto (entre las decisiones más recientes, SSTS de 16 de octubre del 2013, Ar. 7661, fund. jur. 7, y de 5 de febrero del 2014, Ar. 1854, fund. jur. 3).

Como ha quedado expuesto anteriormente, la Comunicación de Dirección de 30 de mayo de 1979 acordó el pago de los Incentivos y Primas de Producción, Plus de Nocturnidad y Premio de Puntualidad y Asistencia, durante las situaciones de Incapacidad Laboral Transitoria. La petición o reclamación de la Parte social consistía en que los trabajadores de la empresa en situación de Incapacidad Laboral, derivada de enfermedad común, se les abonase todos los complementos o conceptos salariales que devengarían de encontrarse prestando servicio o trabajo efectivo.

Desde el Convenio Colectivo 1994-1996, las sucesivas normas convencionales aprobadas han reconocido el abono, en caso de situación de IT, de la prima de nocturnidad en la cuantía que le correspondiese como si efectivamente estuviera realizando el turno con horas nocturnas.

Asimismo, los Convenios Colectivos de 2009-2012 y 2013-2015 añaden al salario un complemento de Metro Ligero, devengado por día efectivamente trabajador si bien *“a efectos de devengo y percibo del referido complemento, tendrán el tratamiento de días de trabajo efectivo las jornadas inicialmente laborables coincidentes con períodos de tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente de trabajo y los días de Permiso para Asuntos Propios con derecho a retribución”*.

De esta forma, el pago de estos primeros conceptos retributivos vendría dado por la aplicación de la norma convencional, careciendo de sentido plantearse si les afecta el comentado principio de condición más beneficiosa adquirida.

Se excluye, en cambio, desde el Convenio Colectivo del año 1998-2000, la prima de eficacia (complemento salarial ligado a la mejora de la productividad en la empresa) que se vincula a la IT derivada de accidente de trabajo, pero no en el caso de enfermedad común.

De las anteriores disposiciones convencionales no puede deducirse, sin embargo, que se haya pactado el abono de un complemento hasta el 100% del salario en los supuestos de IT por enfermedad común.

En efecto, si bien es cierto que la prima de nocturnidad y el complemento de Metro Ligero son complementos salariales que podrían hacer suponer la voluntad de abonar, en caso de IT, el salario base y demás complementos que integran la estructura salarial, también es complemento salarial la prima de eficacia donde está pactado expresamente que solo se abonará en caso de IT por accidente de trabajo y no en el caso de enfermedad común.

Por tanto, ante la falta de norma convencional que haya establecido con claridad la obligación por el empresario del abono como mejora voluntaria del 100 por 100 del salario en caso de IT por enfermedad común es necesario acudir a la existencia de la condición más beneficiosa, como propone el informe sometido a consulta.

Del estudio del expediente se observa que la consulta planteada a la Dirección General de Recursos Humanos y Presupuestos ya pone de manifiesto la voluntad de la empresa de querer *“evitar la merma de las retribuciones que percibía su personal laboral en las situaciones de enfermedad común o accidente no laboral”*, lo que supone que, con anterioridad a la Ley 6/2011, sí se abonaban estas retribuciones.

Voluntad empresarial que resulta aún más clara cuando, después de haber procedido a cumplir la normativa legal establecida -según el informe, *“en los meses de octubre y noviembre de 2012, la empresa modificó los complementos que debían abonarse a los trabajadores en caso de incapacidad temporal y procedió a efectuar los correspondientes descuentos”*-, reconoce posteriormente que *“se abonaron con carácter*

retroactivo los descuentos realizados en las nóminas de octubre y noviembre (procesos de IT de septiembre y octubre)" y que concluye con la solicitud del presente Dictamen en cuyo informe se manifiesta:

"(...) desde entonces (noviembre de 2012) la empresa viene abonando a sus trabajadores complementos en caso de IT, de tal forma que éstos reciben el 100% de sus salarios".

Estos actos ponen de manifiesto la voluntad de otorgar este beneficio, voluntad que ha persistido en el tiempo, sin que parezca que esa voluntad de la empresa esté viciada por error en su reconocimiento. Además, a partir de 2013, se trata de una condición lícita.

En particular, resulta ilustrativa de permanencia de la práctica empresarial de complementar a los trabajadores de Metro las percepciones por IT, la nota complementaria que, a requerimiento de esta Comisión, ha remitido el secretario general de Metro de Madrid, S.A., en la que se ponen de manifiesto las condiciones y alcance en las que se viene aplicando dicha mejora desde el año 1979. Es el propio empresario, de esta manera, el que proclama y explica la existencia de una práctica consolidada que beneficia a los trabajadores sobre lo previsto en la ley y en el convenio colectivo, y permite considerar acreditada la voluntad de la empresa de asumir el compromiso contractual del abono, como mejora voluntaria, el complemento por IT, en la extensión que viene aclarada en dicha nota.

La efectiva concesión y, sobre todo, la continuidad y regularidad en el disfrute de la mejora constituye el indicio objetivo más relevante –aunque no necesario o imprescindible- de la existencia de una condición más beneficiosa, que en nuestro caso viene como se ha visto avalada por el propio reconocimiento del empresario.

Reconocida su existencia, como es sabido y se ha apuntado con anterioridad, su neutralización sólo sería posible mediante un acuerdo novatorio adoptado por las partes contratantes; a través de la aplicación,

cuando proceda, de la compensación y absorción salarial contemplada en el art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores (Sentencia 552/2013, de 22 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), o por vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme a las causas y procedimiento a que lo constriñe el artículo 41 del mismo cuerpo legal (Sentencia 1253/2013, de 1 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

A la vista de lo expuesto, esta Comisión Jurídica Asesora emite las siguientes

CONCLUSIONES

1.^a- Los abonos realizados por Metro de Madrid durante el ejercicio de 2012, complementando la retribución recibida por los trabajadores en los supuestos de IT, fueron contrarios a la Ley 6/2011, que estuvo en vigor durante el ejercicio 2012. No es posible reclamar las cantidades indebidamente abonadas a los trabajadores, al haber transcurrido el año de prescripción previsto en el artículo 59.2 ET.

2^a.- El artículo 9.2 del Real Decreto Ley 20/2012 solo hace referencia al personal al servicio de las Administraciones Públicas y no incluye al resto del personal del Sector Público.

3^a.- El Acuerdo del Consejo de 2 de agosto no desarrolla la normativa básica estatal, sino que se remite a la misma.

4^a.- La práctica de la empresa Metro de Madrid por la que se complementa las retribuciones de sus trabajadores en los supuestos de IT, constituye una condición más beneficiosa que debe ser mantenida en las condiciones en las que se haya venido aplicando este beneficio social, y no resulta afectada por la suspensión de los acuerdos, convenios, etc.

establecida por el Real Decreto Ley 20/2012, en cuanto que no resulta de aplicación al personal de Metro de Madrid, S.A.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 7 de julio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 282/16

Excmo. Sr. Secretario del Consejo de Gobierno

C/ Puerta del Sol, nº 7 - 28013 Madrid