

**SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA**

Criterio de gestión: 15/2019

Fecha: 17 de julio de 2019

Materia: Incapacidad temporal. RETA. Opción Mutua.

**ASUNTO:**

Determinar si en los supuestos previstos en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, en tanto el trabajador incorporado al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA) no formalice la opción de la cobertura de la incapacidad temporal y las contingencias profesionales con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, esta entidad gestora ha de continuar cubriendo no sólo las contingencias profesionales si no también la incapacidad temporal por contingencias comunes.

**CRITERIO DE GESTIÓN:**

La disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, versa sobre la opción por una mutua colaboradora con la Seguridad Social de trabajadores del RETA que hubieran optado inicialmente por una entidad gestora, y establece:

*“Los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos incorporados a dicho régimen especial con anterioridad al 1 de enero de 1998 y que, de acuerdo con la disposición transitoria vigésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, hubieran optado por mantener la protección por la prestación económica por incapacidad temporal con la entidad gestora, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley deberán optar por una mutua colaboradora de la Seguridad Social, opción que deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 83.1.b) de dicho texto refundido, surtiendo efectos desde el 1 de junio de 2019.*

*En tanto se produzca dicha opción, seguirá gestionando la prestación por cese de actividad de dichos trabajadores autónomos el Servicio Público de Empleo Estatal y las contingencias profesionales serán cubiertas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.”*

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la expuesta disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, se aclaran las siguientes cuestiones:

1. El segundo párrafo de la disposición transcrita es aplicable a partir del 1 de junio de 2019, pues hasta esa fecha no surtía efectos la opción efectuada por el trabajador RETA a favor de una mutua, por lo que no tenía sentido su aplicación.
2. Por lo que se refiere a las competencias de este Instituto, dicho párrafo indica que en tanto no se produzca la opción (es decir, si no se ha efectuado antes del 1 de junio de 2019), las **contingencias profesionales** serán cubiertas por el INSS.

Ante el silencio de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 28/2018 sobre la cobertura de la incapacidad temporal por **contingencias comunes**, esta entidad gestora consideró que procedía la aplicación analógica de la solución prevista en el Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, por el que, en desarrollo de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el RETA, y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social. El citado Real Decreto 1382/2008, en su disposición transitoria tercera, prevé expresamente que esta entidad gestora continuara cubriendo tanto las contingencias profesionales como la incapacidad temporal ante la falta de opción del trabajador obligado -incluido en el RETA- y en tanto formulara la opción a favor de una mutua colaboradora con la Seguridad Social. Así establece:

*“1. En el supuesto de que los trabajadores autónomos que hubieran quedado obligados a la protección de la prestación económica por incapacidad temporal a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, por no encontrarse acogidos a ella a 31 de diciembre de 2007, no la hubieran formalizado el 1 de enero de 2008 con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, dicha cobertura será asumida por la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social hasta el momento en que se produzca la elección obligatoria de mutua, formalizándose su cobertura, de oficio, por la Tesorería General de la Seguridad Social, que dará cuenta del incumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos oportunos.*

*La formalización prevista en el apartado anterior se extenderá a la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de aquellos trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que, desde el 1 de enero de 2008, queden obligados a su protección de conformidad con lo previsto en el artículo 47.4 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, en la redacción dada a dicho precepto por este real decreto y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional segunda respecto a los trabajadores que desempeñen actividades con elevado riesgo de siniestralidad.*

(...).

*Si en la fecha de efectos de la elección de mutua los trabajadores a que se refiere esta disposición transitoria se encontrasen en situación de incapacidad temporal, dichos efectos se demorarán hasta el día primero del mes siguiente a aquel en que se produzca su alta médica.”*

El Real Decreto 1382/2008, da también solución a la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes estableciendo expresamente que, hasta que se produzca la elección obligatoria de mutua, dicha cobertura será asumida por esta entidad gestora y se formalizará, de oficio, por la Tesorería General de la Seguridad Social, que dará cuenta del incumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) a los efectos oportunos.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), en informe de 26 de junio de 2019, manifestó su conformidad con el criterio de este Instituto por considerar que *“es la única solución posible ante la falta de opción del trabajador autónomo por una mutua colaboradora con la Seguridad Social, según lo establecido en el primer párrafo de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 289 de diciembre, ya que dicha disposición no establece cómo actuar en ese supuesto ni autoriza el cese de la cobertura por parte de la entidad gestora, existiendo el antecedente de la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, que puede aplicarse por analogía.”*

En razón de lo expuesto, cabe concluir que hasta que el trabajador formalice la opción a favor de una mutua, esta entidad gestora debe continuar cubriendo, como hasta el momento, las contingencias profesionales y la incapacidad temporal por contingencias comunes.

3. Aquellos procesos que ya estuviesen vigentes a 1 de junio de 2019 y en los que se venga abonando por el INSS la correspondiente prestación, esta entidad gestora continuará abonando la misma, aun cuando el trabajador autónomo hubiese formulado su opción en el plazo establecido. Esta medida se justifica por cuanto sería esta entidad quien habría recibido el pago de las cuotas por lo que, de hacer responsable a la mutua del pago de la prestación, se iría en contra del principio de equidad en la responsabilidad de un gasto por el que no se ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de noviembre de 1997, de 16 de mayo de 2000 y 14 de junio de 2002, declara que, de acuerdo al principio general, vigente en el ámbito del seguro mercantil, 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 las primas que constituyen la contraprestación económica de aquella cobertura. Añade que *“la responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de esa aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. No se paga la prestación porque*

*continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo.”*

4. Sobre la competencia de esta entidad gestora para dar comunicación a la ITSS, en su caso, del incumplimiento del trabajador autónomo de su obligación de optar por una mutua colaboradora de la Seguridad Social, la DGOSS señala que *“puesto que tal comunicación está prevista en el antecedente normativo en el que, por analogía, se basa el mantenimiento de la competencia de ese Instituto en la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes para los trabajadores del RETA en los supuestos de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, concretamente en el primer párrafo del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, nada impide a la entidad gestora dar cuenta del incumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos oportunos, según se previene en dicha disposición, ante una posible infracción de lo previsto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.”*
5. En aquellos casos en los que sea la ITSS quien emita de oficio el alta del trabajador autónomo, se considerará que la entidad gestora debe hacerse cargo de su aseguramiento en tanto perciba las cotizaciones correspondientes, tal y como se ha justificado en el punto 3 de este criterio.

*Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.*