



Roj: STS 464/2016 - ECLI:ES:TS:2016:464  
Id Cendoj: 28079140012016100012  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2039/2014  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Auto de aclaración  
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua MUTUALIA, representada y asistida por el letrado D. Pedro Miguel Fraile Fresno, contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 537/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria, en autos núm. 295/13, seguidos a instancias de D. Gervasio, contra la ahora recurrente sobre prestaciones.

Ha sido parte recurrida D. Gervasio, representado por la letrada Dña. María Angosto Hernando Rubio.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria/Gasteiz dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º**.- Gervasio, afiliado al régimen especial de Trabajadores Autónomos, causó baja médica el día 14 de diciembre de 2012, iniciando proceso de incapacidad temporal por la contingencia de enfermedad común cuya cobertura se encuentra concertada con la mutua Mutualia.

**2º.-** La Mutua demanda dictó resolución el día 2 de enero de 2013 que se da por reproducido y en el que se hace constar en el hecho cuarto y Acuerdo lo siguiente: "CUARTO.- En el presente caso se le ha citado al/la trabajador/a referido/a a reconocimiento médico en esta Mutua, mediante citación postal certificada no recogida por el interesado pese a constar aviso de llegada. Cita, a la cual no ha comparecido, sin acreditar justificación que lo hubiera impedido, por lo que concurre el supuesto de hecho previsto legalmente para acordar la extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal, lo cual se hace efectivo a partir de la fecha de la cita no atendida. En base a todo lo expuesto, esta Mutua toma el siguiente acuerdo: **1º.-** Se declara extinguido desde el día 31 de diciembre de 2012 el derecho al subsidio económico de incapacidad temporal por contingencias comunes del/la trabajadora D/ Gervasio, por lo que procede únicamente abono de prestaciones hasta el día 30 de diciembre de 2012. **2º.-** Se comunicará el presente acuerdo al interesado y, en su caso, a su empresa. **3º.-** Contra el presente acuerdo en caso de disconformidad, podrá interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional ante esta Mutua, en el plazo de 30 días desde su notificación, de conformidad con lo previsto en el art. 71.2 y 3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE de 11 de octubre de 2011)".

**3º.-** El demandante fue citado por comunicación de fecha 20 de diciembre de 2012 de la Mutua para reconocimiento médico a las 09:00 horas del pasado día 31 de diciembre de 2012, a través de burofax remitido al domicilio de éste, donde le fue dejado aviso por el Servicio de Correos. Dicho aviso no fue recogido por el actor hasta el día 10 de enero de 2013.

**4º.-** El trabajador presentó escrito de fecha 21 de enero de 2013 en la Mutua obrante al folio 100, cuyo contenido se da por reproducido y en el que indica, entre otros, que no acudió a la cita a recoger el aviso en fecha posterior a la misma y reseña que su situación médica y física le impedía tanto la recepción del burofax como acudir a la cita.

**5º.-** La Mutua dicta acuerdo el día 28 de febrero de 2013 desestimando la reclamación previa, y confirma el acuerdo de fecha 2 de enero de 2013.

**6º.-** Por el actor se solicita en fecha 26 de diciembre de 2012 el pago directo por incapacidad temporal y se verifica la declaración de situación de actividad.

**7º.-** En fecha 13 de marzo de 2012 y 10 de octubre de 2012, y en sus respectivos expedientes, por Mutua se dicta respecto del actor Resoluciones de extinción del derecho al subsidio económico de incapacidad temporal por contingencias comunes por incomparecencia a reconocimiento médico.

**8º.-** La base reguladora es de 28,34 euros/día."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por D. Gervasio , contra el "MUTUALIA, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 2"; y debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos deducidos de contrario."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Gervasio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 15 de abril de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: "Se estima en lo sustancial, el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Gervasio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria/Gasteiz, de 1 de octubre de 2013 , dictada en su autos nº 295/13, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a Mutua, sobre extinción del derecho a prestación de incapacidad temporal; en consecuencia, con revocación de su pronunciamiento y estimando en lo esencial la demanda interpuesta, revocamos el acuerdo de Mutua, de 2 de enero de 2013, que daba por extinguido, desde el 31 de diciembre de 2012, el derecho del demandante a la prestación de incapacidad temporal reconocida por la situación de esa clase iniciada en día 14 de ese mes, condenando a Mutua a reponerle en su abono hasta que concorra causa legal de extinción o suspensión. Sin costas.

**TERCERO.-** Por la representación de MUTUALIA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 5 de junio de 2014.

Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 (rcud. 2780/12 ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2014 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de enero de 2014, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. La demanda rectora del proceso pretendía la revocación de la decisión de la Mutua de extinguir, con efectos de 31 de diciembre de 2012, el derecho del actor al subsidio de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, que venía percibiendo desde el día 14 del mismo mes.

Dicha demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Vitoria/Gasteiz por sentencia de 1 de octubre de 2013 , que es revocada por la Sala de suplicación.

2. Acude la Mutua demandada a la casación para unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 13 noviembre 2013 (rcud. 2780/2012 ), respecto de la que corresponde hacer el análisis de la contradicción, requisito imprescindible para la admisibilidad del recurso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ).

3. En el caso que nos ocupa la mutua había citado al demandante para reconocimiento médico el 31 de diciembre de 2012 mediante un burofax de fecha 20 de diciembre que el servicio de correos no pudo entregar, dejándole aviso en su domicilio. El actor recogió el aviso el 10 de enero de 2013, y en 21 de enero presentó escrito ante la Mutua indicando que no había acudido a la cita por haber recogido el aviso con posterioridad, siendo la causa de la demora en recoger el aviso su situación médica y física.

El Juzgado de lo Social consideró que se trataba de una incomparecencia injustificada y, por tanto, concurría la causa de extinción del art. 131 bis. 1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La Sala de suplicación entiende, por el contrario, que no puede tacharse de negligencia al trabajador.

4. La sentencia de contraste resuelve un caso en el que la Mutua había remitido burofax el 26 de agosto, siendo el reconcomiendo médico fijado para el día 31 de dicho mes. Dejado aviso de Correos, la actora lo recogió el día 20 de septiembre y ese mismo día comunicó a la Mutua que ya era de imposible cumplimiento el acudir a la cita. La sentencia recoge doctrina sentada en anteriores sentencias de esta Sala IV del Tribunal para concluir que alegar que el burofax fue recogido pasado el día para el que había sido citado es una excusa que no justifica la incomparecencia, pues es no obrar con la diligencia debida quien tarda 25 días en recoger el citado burofax.

5. Como indica el Ministerio Fiscal en su informe, las sentencias comparadas presentan las identidades exigibles para afirmar que existe contradicción entre ellas. En ambos casos se trata de beneficiarios de subsidios de incapacidad temporal, citados a reconocimiento médico mediante burofax que no fue recibido por no hallarse en el domicilio. En ambos casos también, el servicio de correos dejó aviso para la recogida y los afectados tardaron más de 20 días en recogerlo. No obstante, mientras la sentencia de contraste entiende que no hay excusa para la demora en esa recogida, la recurrida entiende irrelevante que tal demora se produzca y parte del hecho de que la efectiva citación no se produjo hasta después de la fecha fijada, esto es, en el momento de efectiva recogida del aviso de correos.

**SEGUNDO.-** 1. El tema de las consecuencias legales de la incomparecencia injustificada al reconocimiento médico acordado por los servicios médicos lo hemos sido abordado en nuestras STS/4ª de 29 septiembre 2009 (rcud. 879/2009) y 6 de marzo 2012 (rcud. 1727/2011), además de la que sirve de contraste, de 13 noviembre 2013 (rcud. 2780/2012).

En la primera de ellas se sostiene que la conducta del trabajador fue de mera pasividad, rozando "una negligencia omisiva", ya que al tener en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente, cualquier persona que obrase con la diligencia debida al ciudadano medio -conocedor de su situación laboral-, no hubiese dejado de recoger en la oficina de Correos los telegramas sobre los que se había dejado el aviso. En la STS/4ª de 6 marzo 2012 se pone de relieve que "*El trabajador únicamente reacciona frente al acto extintivo de la Mutua cuando es privado de la prestación económica de IT, en cuyo momento remite un fax a la Entidad Colaboradora, en el que manifiesta que no ha recibido ninguna notificación ni por correo ni telefónicamente, lo cual es cierto, aunque omite el decir que sí que lo ha recibido mediante telegrama. Y también silencia que le han dejado aviso para recoger el telegrama enviado y que en dicho documento figura como remitente la Mutua Patronal Mugenat, por lo que no hay que presumir, que, encontrándose de baja por IT, el objeto de dicha comunicación tenía que ver con su situación laboral. Es de remarcar que, en la primera citación, tuvo un período de 14 días para recoger el telegrama, mientras que en la segunda el plazo fue de 7 días...*".

2. Según el art. 131 bis, 1 LGSS el derecho al subsidio de incapacidad temporal se extinguirá en los casos de incomparecencia injustificada del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. El legislador ha establecido un sistema de control más eficaz de las incapacidades temporales, conforme a las previsiones contenidas en la reforma operada por la Ley 24/1997, en respuesta a la Recomendación 13ª del Pacto de Toledo. Se trata por tanto de una medida de lucha contra el fraude cuando el beneficiario no acude a la convocatoria sin causa justificada que lo impida.

Por consiguiente, la Mutua está obligada a remitir las notificaciones al beneficiario por los conductos adecuados que aseguren su recepción y la decisión extintiva del derecho al subsidio tenga en cuenta las circunstancias del caso, para determinar si la incomparecencia se hallaba o no justificada. De ahí que esta Sala haya admitido una diferencia sustancial respecto de la sentencia de contraste en el caso que resolvíamos en la STS/4ª de 22 diciembre 2014 (rcud. 618/2014), pues se trataba de un supuesto en el que entre la entrega fallida y el acudir a la oficina de correos para la recepción mediaban ocho días, incluidos los inhábiles, pues, siendo normal que en el momento en que por el servicio de correos se intente entregar una comunicación el destinatario pueda no estar en su domicilio o no oír la llamada, recibido el aviso para recogerlo en la correspondiente oficina, el beneficiario llevó a cabo una conducta diligente.

3. No puede aceptarse que esa diligencia se haya observado en un supuesto como el presente, en el que, de modo análogo a lo que sucedía en la sentencia de contraste, el beneficiario no solo recoge el aviso con enorme demora (el 10 de enero), sino que ni siquiera se dirige a la Mutua hasta el 21 de enero.

Ante la falta de justificación de esta conducta, por razones de seguridad jurídica, hemos de mantener el mismo criterio que expresábamos tanto en la sentencia aportada de contraste, como en las que hemos citado.

**TERCERO.-** 1. Por lo expuesto, y compartiendo la opinión del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y que casemos y anulemos la sentencia recurrida. En consecuencia, resolviendo el debate planteado en suplicación, hemos de desestimar el recurso de dicha clase y confirmar la sentencia del Juzgado de instancia.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235 LGSS no procede la imposición de costas, debiendo procederse a la devolución del depósito que en su caso se hubiere efectuado para recurrir.

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua MUTUALIA, contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación nº 537/2014, casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos el recurso de dicha clase y confirmamos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria, autos núm. 295/13, seguidos a instancias de D. Gervasio. Sin costas, y con devolución del depósito que se hubiese efectuado para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisprudencial de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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