



Roj: **STSJ ICAN 2539/2011 - ECLI: ES:TSJICAN:2011:2539**

Id Cendoj: **35016340012011101324**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2011**

Nº de Recurso: **1237/2009**

Nº de Resolución: **1365/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de Octubre de 2011.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltrmos. Sres. Magistrados D./Dna. HUMBERTO GUADALUPE HERNANDEZ (Presidente), D./Dna. MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ y D./Dna. JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.1237/2009, interpuesto por D./Dna. Delfina , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social No 5 de Las Palmas de Gran Canaria en los Autos No 1125/2008 en reclamación de Prestaciones, siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DNA.JUAN JOSE RODRIGUEZ OJEDA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. /Dna. Delfina , en reclamación de Prestaciones siendo demandado D. /Dna. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA ASEPEYO y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 25 de Marzo de 2009, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La actora, con DNI NUM000 , agente comercial colegiada, y afiliada al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la seguridad Social con el no NUM001 , si bien tiene concertada con la Mutua Asepeyo la mejora de IT, inició proceso de IT tras sufrir un accidente de coche en fecha de 19.03.2008

SEGUNDO.- En fecha de 03.06.2008 la actora solicitó a la Mutua Asepeyo el pago directo de la prestación económica de IT.

TERCERO.- Mediante volante de citación expedido en fecha de 12.06.2008 por la Mutua Asepeyo y firmado por la actora, la misma fue citada por la mutua codemandada para cita médica el día 02.07.2008 a las 10:15 horas, habiéndose constar expresamente, por un lado, que en caso de no poder acudir debería comunicarlo expresamente al no de teléfono que s hacía constar en el propio volante de citación, y por otro lado que, no justificada en un plazo de diez días desde la fecha de la cita la incomparecencia a la misma, ello supondría la extinción de su derecho a la prestación económica.

CUARTO.- La actora no acudió a dicha cita médica prevista para el día 02.07.2008 a las 10:15 horas.

QUINTO.- El día 29.07.2008 la actora recibió comunicación escrita por parte de la Mutua Asepeyo en la que se le hacía saber que dada su injustificada incomparecencia al reconocimiento médico previsto para el día



02.07.2008, procedía a extinguir su derecho al percibo de las prestaciones económicas propias de la situación de IT.

SEXTO.- En fecha de 07.07.2008 se emitió por parte del SCS de consulta y hospitalización en el que se hacía constar expresamente: "Ha estado en reposo el día 2 del presente"

SÉPTIMO.- Por parte de la actora se han presentado las oportunas reclamaciones previas.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por Dna. Delfina contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), la MUTUA ASEPEYO, y la TESORERÍA GENERAL SDE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), debo declarar y declaro plenamente ajustada a derecho la resolución de la MUTUA ASEPEYO de extinguir la prestación económica de IT con fecha de efectos de 02.07.2008, y en consecuencia no haber derecho por parte de la actora las pretensión instada por la misma en el presente procedimiento, debiendo en consecuencia absolver a las codemandadas de cuantos pedimentos era objeto en las presentes actuaciones.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. /Dna. Delfina , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Senalándose para votación y fallo el día 4 de Octubre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, agente comercial colegiada, de alta en el RETA inició proceso de IT el 19-3-2008 debido a un accidente de coche.

La Mutua Asepeyo citó a la parte actora el 12-6-2008 para llevar a cabo reconocimiento médico el 2-7-2008 a las 10,15 horas . La demandante no acudió y el 29-7-2008 la Mutua procedió a extinguir el derecho a la prestación de IT.

La sentencia de instancia desestima la demanda. Recurre la demandante con base a motivos de revisión fáctica y de censura jurídica. El recurso es impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En cuanto a la revisión fáctica que propugna la recurrente al amparo del art 191 b) de la LPL y con base a la documental, para adiconar un nuevo hecho probado que diga: La base de cotización es de 817,20 euros mensuales y la base reguladora diaria la de 27,24 euros. El motivo se estima al resultar de la documental invocada.

TERCERO.- La actora impugna además la sentencia de instancia por el cauce del art 191 c) de la LPL para que se examine la infracción de los artículos 128 y 131 bis de la LGSS , 43.1 CE que a su juicio ha cometido la sentencia. El motivo se estima.

El art 131 bis de la LGSS sobre Extinción del derecho al subsidio, en su apartado 1 dispone que: El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

El art 6 del RD 575/1997 de 18 de Abril por el que se regulan determinados aspectos de la Gestión y Control de Prestación Económica de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal ,dispone lo siguiente:

1. Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los médicos adscritos a las mismas.

Igual facultad corresponderá a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, respecto a los trabajadores perceptores de la prestación económica, derivada de contingencias comunes, e incluidos en el ámbito de la colaboración de aquéllas.

2. Los reconocimientos a que se refiere el apartado anterior se llevarán a cabo respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores,

y garantizando la confidencialidad de las informaciones referidas a su estado sanitario, que gozarán de la protección prevista en los apartados 3 y 4 del art.

3. La negativa infundada a someterse a tales reconocimientos dará lugar a la expedición de la propuesta de alta, en los términos señalados en el art. 5.



En el caso de autos ha quedado acreditado que la actora en la fecha en que se encontraba citada por la Mutua para revisión médica, se encontraba de reposo por prescripción médica (hecho probado sexto) y ello justifica la inasistencia ya que además el art 6.3 del RD 575/1997 de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la Gestión y Control de la Prestación Económica de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal establece que la negativa ha de ser infundada a someterse a tales reconocimientos lo que dará lugar a la expedición de la propuesta de alta, en los términos señalados en el art. 5.determina y en el supuesto enjuiciado por parte de la actora no existía voluntariedad de sustraerse a los controles médicos de la mutua, no tratándose de una incomparecencia injustificada, al no poder estimarse que haya existido una negativa de la actora a acudir a la cita médica, lo que determina que el recurso deba ser estimado.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DONA Delfina frente a la sentencia dictada con fecha 25 de Marzo de 2009 por el Juzgado de lo Social 5 de Las Palmas de Gran Canaria en procedimiento 1125/2008 seguido contra el INSS y TGSS y MUTUA ASEPEYO que revocamos y estimando la demanda anulamos la extinción de prestaciones acordada por la Mutua y la condenamos a pagar a la actora prestación por incapacidad temporal hasta su extinción por causa legal.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO cta. número: 3537/0000661237/09 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300 Euros en la entidad de crédito de BANESTO c/c 3537/0000661237/09, de esta Sala.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón de su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.