



Roj: **STSJ CAT 1163/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:1163**

Id Cendoj: **08019340012011100642**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2011**

Nº de Recurso: **665/2010**

Nº de Resolución: **622/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE DE QUINTANA PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2009 - 0020433

fc

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

En Barcelona a 27 de enero de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 622/2011

En el recurso de suplicación interpuesto por Eloisa frente a la Sentencia del Juzgado Social 31 Barcelona de fecha 28 de Octubre de 2009 dictada en el procedimiento Demandas nº 750/2009 y siendo recurrido -I.N.S.S.- (Instituto Nacional de la Seguridad Social), -T.G.S.S.- (Tesorería Gral. Seguridad Social) y Mutual Midat Cyclops. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de Julio de 2009 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Incapacidad temporal, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 28 de Octubre de 2009 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimo las pretensiones de la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D^a Eloisa contra el INSS, la TGSS, y Mutual Midal Cyclops y en consecuencia absuelvo a los expresados demandados de todos los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- Eloisa se encuentra afiliada al Régimen General de la Seguridad Social.



SEGUNDO.- La demandante firmó en su carné de visitas médicas la citación para comparecer ante los servicios de la mutua demandada el día 25/03/09 a fin de continuar con la asistencia y control del proceso de incapacidad temporal en que se encontraba. (folio 30) La demandante no acudió a la expresada cita. (no controvertido)

TERCERO.- El día 27/03/09 la actora remitió por fax a la mutua demandada un escrito, cuyo contenido se da por reproducido, en el que se explica su ausencia aludiendo al "malestar que tengo por parte de la empresa, me provoca ansiedad y angustia, no pude asistir porque estoy con la alergia que a su vez me impide respirar (soy asmática) estoy muy cansada con dolores de cabeza y picor en los ojos". A tal comunicación adjuntó un justificante expedido por el médico de familia del ABS Sagrada Familia en el que se indicaba el nombre de la actora y la fecha de 26/03/09 bajo la mención de que había estado en el centro en la fecha señalada. (folios 119 y 120)

CUARTO.- MUTUAL MIDAT CYCLOPS remitió el 03/04/09 a la demandante una comunicación mediante burofax requiriéndole para que en el plazo de diez días justificara su incomparecencia a la visita del día 25/03/09. La comunicación fue entregada el día 09/04/09 a su destinataria. (folios 47 y 48)

QUINTO.- MUTUAL MIDAT CYCLOPS comunicó a la actora mediante carta de 04/05/09, cuyo contenido se da por reproducido, y que remitida por burofax se entregó a la trabajadora el día 05/05/09, la extinción de la prestación de IT que venía percibiendo, ello con efectos de 26/03/09 y por haber dejado la demandante de "acudir de forma injustificada al control médico" del día 25/03/09. La indicada comunicación aparecía suscrita por una responsable administrativa. (folio 121)

SEXTO.- Contra la resolución aludida en el Hecho anterior la demandante formuló reclamación previa. (folio 123)

SÉPTIMO.- La actora sufrió en mayo de 2009 una agudización del asma que padece. (folio 32)

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de la parte actora que solicita la nulidad de la de la resolución de la demanda Mutua Midat Cyclops por la que se acuerda la extinción de la prestación de IT de la trabajadora por haber dejado de acudir de forma injustificada al control médico de forma injustificada.

Frente a este pronunciamiento se alza la parte demandante que dedica el recurso con amparo procesal en el apartado c) del art 191 de la LPL a un único motivo en el que denuncia la infracción del art 131.1bis y de la Disposición Adicional vigésimo quinta de la LGSS en relación con los arts. 354.7 y 80.2 del RD 1993 /95, Reglamento de Colaboración de las MATEPSS y arts. 62-1 apartados b) y e) de la Ley 30 /92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo común.

Argumenta la recurrente que procede declarar la nulidad de pleno derecho por falta de motivación de la resolución y por haber sido emitida por órgano incompetente.

Las dos cuestiones que plantea están íntimamente relacionadas entre sí y para resolverlas hay que acudir a la doctrina jurisprudencial que se recoge en la sentencia de esta Sala de Catalunya de 22 de Octubre de 2010 que alude concretamente a las STS de 7/2/2008 , y la 22/2/2007, del TS (Sala IV) .En esta última el Alto Tribunal después de aludir a criterios anteriores de la Sala señala " que la extinción de subsidio de Incapacidad Temporal por "incomparecencia injustificada" al acto de reconocimiento y evaluación médicos, aun cuando se aproxima su naturaleza a la sancionadora", sin embargo, tal actuación mutua se encuadraba en el ámbito de gestión de la contingencia encomendada a la Mutua Aseguradora.

El artículo 131, bis.1 de la Ley General de Seguridad Social , según la redacción dada por el artículo 34.4 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre , expresamente, establece que el derecho al subsidio de Incapacidad Temporal se extingue por la incomparecencia injustificada del trabajador en baja médica a los exámenes y reconocimientos previstos por los médicos de la Mutua Patronal o, en su caso, del INSS y, si bien el Texto Refundido de la LISOS, vigente desde el 1 de enero de 2001, tipifica a dicha conducta del trabajador como infracción grave-artículo 25.2 - y el artículo 47.1.a) y b) y 3 del mismo texto legal ha sufrido una concreta y restringida modificación por lo dispuesto en el artículo 5º.7 de la Ley 45/2002 , es lo cierto, sin embargo que, esto último, no conllevó una supresión de la naturaleza de acto de gestión que sigue caracterizando a la extinción del subsidio de Incapacidad Temporal acordada por la Mutua Patronal aseguradora de la contingencia en los casos de



incomparecencia injustificada del trabajador a los actos de revisión médica para el control de su situación sanitaria.

A mayor abundamiento, es de significar, como así lo hicimos en nuestra mencionada sentencia de 7 de marzo de 2007 , que aunque se quisiera aplicar el principio de la modernidad o novedad normativa, en base a la actual redacción del artículo 47 de la LISOS operada por la mencionada Ley 45/2002 en relación con la anterior modificación producida en el artículo 131.bis de la Ley General de Seguridad Social en virtud de la Ley 24/2001, es lo cierto que la atribución de la gestión de la contingencia de la Incapacidad Temporal sigue asignada, en casos como el contemplado en el presente recurso, a la Mutua Patronal, lo que le permite extinguir el subsidio, siendo de resaltar que la repetida Ley 45/2002 aparece referida al establecimiento de "medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad", sin que, por tanto, entre en sus designios normativos el alterar el régimen de la contingencia y consiguiente prestación a la que se contrae el presente recurso.

En conclusión, la actuación gestora que incumbe a la Mutua Patronal en orden a la contingencia de Incapacidad Temporal -en este caso por enfermedad común- legitima plenamente y sin necesidad del cumplimiento de cualquier otra formalidad la extinción del derecho al subsidio correspondiente, cuando resulte acreditada la incomparecencia injustificada del trabajador en baja al acto de reconocimiento y control médico para el que ha sido debidamente citado " .

La aplicación de tan clara doctrina al supuesto que nos ocupa lleva a la conclusión de que la Mutua es plenamente competente para la extinción del subsidio sin necesidad de ninguna formalidad especial por lo que no puede hablarse ni de incompetencia ni de falta de motivación cuándo la concurrencia del supuesto de incomparecencia injustificada ha sido claramente manifestada a la trabajadora a la que se dio pleno conocimiento y explicación de la causa que originaba la actuación de la Mutua tanto en el requerimiento de 3 de Abril de 2009 como en la carta de 5 de Mayo de 2009 .

El único requisito ineludible para que la Mutua proceda a la extinción del subsidio es que la ausencia o no presentación al control del proceso de IT (cuya realidad nadie discute) sea injustificada. Y en este caso del inalterado e incombustible relato fáctico de la sentencia se desprende que a pesar de que a la demandante se le dio ocasión par a ello en ningún momento justificó la ausencia del día 25. Solo remitió el día 27 de Marzo de 2009 un justificante expedido por el médico de familia del ABS Sagrada Familia en el que se indica que el día 26 de marzo de 2009 la interesada había estado en este centro y que se encontraba "indispuesta". Sin perjuicio de que como señala la sentencia recurrida el hallarse "indispuesta" no le impidió personarse en el aludido centro, resulta evidente que el documento se refiere al día 26 no al día 25 respecto al cual no se ha presentado justificación alguna .

Es por ello que concurren aquí cuantos requisitos son necesarios para que la Mutua demandada procediera válidamente a dar por extinguido el subsidio de IT y ello supone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

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

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 28 de Octubre de 2009 dictada por el juzgado de lo social nº 31 de Barcelona en autos núm. 750/09 de aquel juzgado seguidos a instancia de Eloisa contra el INSS, la TGSS y Mutual Midat Cyclops y, en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en los números 2 y 3 del Art. 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita, intente interponer Recurso de Casación para la Unificación



de Doctrina, consignará como depósito la cantidad de 300 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ