



Roj: **STS 2004/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2004**

Id Cendoj: **28079140012018100469**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **2840/2016**

Nº de Resolución: **481/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 1910/2016,**
STS 2004/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2840/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 481/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Santiago Carabias de Santos, en nombre y representación de D. Santiago , contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 260/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Segovia, de fecha 8 de marzo de 2016 , recaída en autos núm. 745/2015, seguidos a su instancia frente a Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 274, sobre incapacidad temporal.

Ha sido parte recurrida Ibermutuamur Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 274, representada y defendida por el letrado D. Jacinto Berzosa Revilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de marzo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 1 de Segovia dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:



« 1º. - El demandante causó baja médica, el 11 de febrero de 2015, por accidente de trabajo, con diagnóstico lumbociática, iniciando situación de I.T. por contingencias profesionales, percibiendo la prestación por Ibermutuamur, con una base reguladora de 42,61 € diarios.

2º. - El actor acudió al servicio de urgencias del Hospital Recoletas en la fecha del accidente de trabajo, recibiendo asistencia sanitaria. El día posterior, 12 de febrero, acudió a los servicios médicos de la Mutua, que emitió informe, con fecha de revisión el 13 de febrero. Se practican pruebas diagnósticas por imagen en fecha 20-02-15. No constan más informes médicos emitidos por la Mutua.

3º. - Mediante carta de fecha 12 de agosto de 2015, la mutua Ibermutuamur citó al actor en la consulta del Dr. Araceli el día 13 de agosto a las 9:00 horas en el centro asistencial de la mutua, advirtiéndole que en caso de incomparecencia no justificada se extenderá parte médico de alta. El citado burofax fue recepcionado por el actor en fecha 10 de septiembre de 2015.

4º. - La Mutua demandada emitió parte médico de alta por incomparecencia en fecha 12 de agosto de 2015.

5º.- El actor presentó escrito ante la Dirección Provincial del INSS en fecha 21 de septiembre de 2015, de revisión de alta médica.

6º.- En fecha 29 de septiembre de 2015 el actor dirigió escrito a la Mutua manifestando que no percibe la prestación de IT y no se le ha notificado el alta médica.

6º. -(sic) En fecha 28 de septiembre de 2015 el actor acudió al centro de salud de Carbonero El Mayor, refiriendo haber sufrido un accidente el 11-02-15. 7º.- En fecha 11 de noviembre de 2015 el actor presentó escrito ante el INSS de revisión del alta médica.

8º. - El demandante interpuso reclamación previa, el 27 de octubre de 2015, desestimada en fecha 6 de noviembre de 2015».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que, DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Santiago , frente a IBERMUTUAMUR, ABSUELVO a la referida parte demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Santiago ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, la cual dictó sentencia en fecha 19 de mayo de 2016 , en la que se modifica el hecho probado séptimo en los siguientes términos: «En fecha 20 de noviembre de 2015 el actor presentó escrito ante el INSS de revisión del alta médica».

En la precitada sentencia consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Santiago , frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social de Segovia de fecha 8 de Marzo de 2016 , en autos número 745/2015, seguidos a instancia del recurrente, contra "IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL nº 274", en reclamación sobre Incapacidad Temporal, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de D. Santiago se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en fecha 13 de abril de 2016 (RSU 523/2016). El recurso se funda en la infracción de los artículos 131 bis y 132 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , y del art. 9 del RD 625/2014 .

Por lo que se refiere al segundo motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en las Palmas de Gran Canaria, en fecha 16 de junio de 2014 (RSU 197/2013). El recurrente denuncia la infracción de la jurisprudencia de este Tribunal en relación con el RD 623/2014.

En cuanto al tercer motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en fecha 20 de noviembre de 2012 (RSU 491/2012). El recurrente denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución , por infracción del art. 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Para el cuarto motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 18 de diciembre de 2006 (RSU 3678/2006).

En cuanto al quinto motivo, se debate en torno a la aplicación del art. 132 de la LGSS y se selecciona como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 13 de mayo de 2011 (RSU. 589/2011).



Para el sexto motivo, se selecciona como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 14 de julio de 2015 (RSU. 3540/2014)

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio 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 interesar la desestimación de todos los motivos del recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora estriba en determinar si es ajustada a derecho la decisión de la Mutua de extinguir la prestación de incapacidad temporal por no haber acudido el trabajador al reconocimiento médico para el que había sido citado.

2. - La sentencia del juzgado de lo social desestimó la demanda al entender que no estaba justificada la incomparecencia, toda vez que el actor recibió el aviso de correos de remisión del burofax con dicha citación el día 12 de agosto de 2015 y sin embargo no comparece en la oficina de correos a recogerlo hasta el 10 de septiembre de 2015, sin que concurra ninguna causa que pudiese justificar esa demora.

Contra dicha sentencia interpuso el demandante recurso de suplicación que fue desestimado por la de la Sala Social del TSJ de Castilla y León sede Burgos de 19 de mayo de 2016 , rec. 260/2016, contra la que se formula el recurso de casación para la unificación de doctrina.

La sentencia recurrida hace constar de forma expresa que se acoge al mismo criterio de la STS de 22 de enero de 2016, rcud. 2039/2014 , para razonar que el demandante actúa negligentemente al no acudir a recoger el burofax a la oficina de correos hasta pasados 25 días desde la fecha en la que se le dejó el aviso de correos en su domicilio, lo que determina que la incomparecencia al reconocimiento médico deba considerarse injustificada y eso genera la extinción por este motivo de la prestación de incapacidad temporal por parte de la Mutua, a la que no le era exigible que hubiere remitido una segunda citación cuando la primera fue adecuadamente tramitada por el funcionario de correos que dejó el aviso en el domicilio del recurrente.

3.- El recurso de casación se articula en hasta seis motivos diferentes y cita una diferente sentencia de contraste para cada uno de ellos, lo que ya avanzamos que supone una descomposición artificial del recurso, por cuanto se pretende invocar diferentes sentencias de contraste respecto a una problemática que gira en realidad respecto a una misma y única cuestión, cual es la relativa a la existencia o no de causa que justifique la incomparecencia del trabajador al reconocimiento médico.

Basta la simple lectura de la sentencia recurrida para constatar que las dos únicas cuestiones que analiza son las atinentes a la injustificada incomparecencia del trabajador derivada del hecho de que no acude a recibir el burofax a la oficina de correos hasta pasados 25 días desde que recibió en su domicilio el correspondiente aviso, sin tan siquiera alegar ningún motivo que pudiese justificar de alguna forma tan relevante demora, a lo que añade que no era necesario que la Mutua remitiera una segunda citación cuando en la primera ya fue debidamente entregado el aviso en el domicilio del interesado.

Bajo esas relevantes consideraciones deberemos efectuar el análisis de la contradicción para resolver si entre la sentencia recurrida y las seis que se invocan como referenciales hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

SEGUNDO.1. - El primer motivo alega vulneración del procedimiento establecido para la gestión y control de la incapacidad temporal, e invoca como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid de trece de abril de dos mil dieciséis (R. 523 /2016).

Consta en esta sentencia que el 20 de marzo de 2015 la Mutua comunicó al trabajador que con fecha 16 de abril de 2015 debía comparecer a las 9:40 horas, al servicio médico de dicha entidad, para la realización de visita sucesiva, aportando toda la documentación médica de la que dispusiera. El 23 de abril de 2015 la Mutua ASEPEYO remitió al actor comunicación de suspensión cautelar del derecho al percibo de la prestación económica con efectos de 17/04/2015 al haberse constatado que el mismo no había comparecido al reconocimiento de 16/04/2015. La comunicación fue remitida al domicilio del actor que no se encontraba en casa en el momento de la entrega por lo que por el Servicio de Correos dejó aviso de llegada en buzón, sin que el interesado compareciera a las dependencias de Correos para su retirada.



La Sala declaró que conforme al artículo 59 de la Ley 30/1992, en relación con el art. 9 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, la notificación solamente se tiene por realizada en los casos en los que el interesado esté ausente del domicilio, sin que haya en el mismo nadie apto para hacerse cargo de la misma, "se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes". Una vez fracasado el segundo intento la notificación se lleva a cabo mediante inserción del correspondiente anuncio en el TEU (tablón edictal único) del Boletín Oficial del Estado. Lo que no cabe es, como en este caso, ante la ausencia del interesado en el domicilio dar al mismo por notificado, porque dicha actuación contraviene frontalmente las previsiones de la legislación de procedimiento administrativo común a la que han de sujetarse las entidades gestoras y colaboradoras en el ejercicio de su función pública. Por tanto en este caso, dado que no se ha producido la notificación del acto inicial la omisión del trámite de audiencia da lugar a la anulación del acto extintivo de la prestación que se impugna.

2. - En apariencia pudiere existir contradicción entre las sentencias comparadas, pero la solución dada por la sentencia recurrida es acorde con la doctrina de esta Sala IV plasmada en las sentencias de 29 de septiembre de 2009, rcud.879/2009, 6 de marzo de 2012, rcud. 1727/2011, 12 de noviembre de 2013, rcud.2780/2012, 22 diciembre 2014, rcud. 618/2014, y 22 de enero de 2016, rcud. 2039/2014, lo que determina que el motivo carezca de contenido casacional conforme pasamos seguidamente a razonar.

3. - Como señala la precitada STS de 12 de noviembre de 2013 (Rcud. 2780/2012), que considera injustificada la incomparecencia de la actora al reconocimiento médico: "Alegar que recogió el burofax pasado el día para el que había sido citada es una mera excusa que no justifica la incomparecencia, al haber probado que concurrían causas justificadoras del retraso. Si las obligaciones, conforme al art. 1104 del Código Civil deben cumplirse con la diligencia de un buen padre de familia y con la que requiere la naturaleza de la obligación, es claro que la demandante no obró con la diligencia debida al tardar veinticinco días en recoger el burofax, porque, si estaba en situación de baja laboral, su principal obligación era curarse cuanto antes y acudir a cuantos reconocimientos médicos fuese citada para controlar la evolución de su patología, razón por la que no obra con la diligencia debida quien tarda más de veinte días en acudir a recoger el burofax que le envía la Mutua que le asiste, controla su enfermedad y paga la prestación económica, pues, aparte que teóricamente no tiene nada que hacer, salvo cumplir con los deberes dichos, resulta que no es lógica tal demora en acudir a recibir una comunicación enviada por y sobre materia que afecta a la situación de baja, pues aceptar la posible validez de ese retraso equivale a dejar a su arbitrio el cumplimiento de ese deber, lo que veda el art. 1256 del Código Civil. Además, su conducta tras recibir el fax no fue tampoco acorde con la buena fe, porque envió escritos a la Mutua en lugar de presentarse en persona a dar explicaciones y a ofrecerse para un reconocimiento médico que su conducta demoró más y dio lugar a que se acordara la extinción de su derecho por causa imputable a su negligente proceder>>. Añadiendo a continuación que: "En definitiva, en el presente caso, el trabajador no justifica en ningún momento, sea mediante la aportación de algún documento o mediante manifestaciones objetivamente justificativas, su ausencia a la cita que tenía en los servicios médicos con objeto de ser examinado. Es de señalar que por lo antes razonado, no debe aplicarse al supuesto litigioso el artículo 59, apartado 4, de la Ley 30/1990, que obliga a las administraciones públicas a practicar la notificación, que no se pudo practicar de otra manera, por cualquier medio que permita tener constancia de recepción por el interesado o su representante, pues, como antes se ha expuesto, si el interesado no tuvo conocimiento de la comparecencia a que fue requerido por la Mutua se debió a su conducta omisiva, siendo de resaltar, que la constancia en el aviso de que el telegrama notificado de la comparecencia procedía de la Mutua, hacía presumir que su contenido hacía referencia a su situación de incapacidad temporal, cuyo control correspondía, legalmente, a la Mutua aseguradora."

En el mismo sentido la STS 22 de enero de 2016, rcud. 2039/2014, destaca que en esos anteriores precedentes "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" [...] "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..."



Tras lo que razona que "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 contrate 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".

4. - A la vista de estos criterios jurisprudenciales y como bien concluye la sentencia recurrida, no puede aceptarse que en el caso de autos se haya observado la adecuada diligencia por parte del demandante que recibe el aviso de correos el día 12 de agosto y no acude a recogerlo a la oficina hasta el 10 de septiembre, omitiendo de esta forma los parámetros de la más simple diligencia exigible a quien se encuentre en situación de incapacidad temporal y pendiente por lo tanto de la supervisión y evolución de su proceso.

La aplicación por la sentencia de esta misma doctrina evidencia la ausencia de interés casacional, en tanto la solución que ofrece es del todo coincidente con la reiterada doctrina de esta Sala en la materia, lo que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación del recurso.

TERCERO.1. - Quedarían por analizar los restantes cinco motivos del recurso, en ninguno de los cuales es de apreciar la existencia de contradicción por las razones que seguidamente exponemos.

2. - El motivo segundo relativo a la forma de citar al trabajador para acudir a reconocimiento médico, presenta como sentencia de contraste la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de junio de 2014 (R. 197/2013).

Consta en la referencial que el trabajador inicio proceso de IT por enfermedad común 16-10-2010. Fue citado el 28-12-2010 para ser visitado por la MUTUA. El trabajador recibió la notificación por "burofax" el 29-12-2010. La MUTUA extingue cautelarmente la prestación por carta el 31-12-2010 por incomparecencia con efectos de 27-12-2010 hasta que el actor no justifique en el plazo de 10 días. La resolución fue notificada el día 4-01-2011 por telegrama.

No cabe apreciar contradicción en este supuesto ya que en la sentencia de contraste constaba documentalmente desde el mismo día 28 de diciembre de 2010 que la notificación se efectuó ese mismo día, y por tanto que el demandante no había recibido la citación para acudir a reconocimiento del día anterior, en cambio en la recurrida el trabajador tardó veintiocho días en recoger el aviso en Correos.

3.- El tercero tiene como fundamento de la contradicción la aplicación del artículo 59 de la Ley 30/1992 . Esgrime como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de veinte de noviembre de dos mil doce (R. 491/2012).

En la referencial se declara probado que la trabajadora en fecha 16 de abril de 2009 pasó a situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Mediante burofax remitido en fecha 6 de mayo de 2010 la mutua citó a la trabajadora el día 13 de mayo del mismo año a las 12:30 horas con el fin de someterse a reconocimiento por parte de sus servicios médicos. El burofax fue remitido al domicilio de la trabajadora, constando en el acuse de recibo "no entregado, dejado aviso".

La demandante no compareció el día 13 de mayo de 2.010 al reconocimiento médico pautado por la mutua. La mutua mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2010 confirió plazo de diez días naturales a fin de justificar su incomparecencia al reconocimiento médico advirtiéndole que, de no justificar adecuadamente su ausencia se procedería a extinguir el pago de la prestación de IT con efectos de 14 de mayo. Dicho escrito se remitió por burofax. Constaba en el acuse de recibo "No entregado, destinatario desconocido".

La mutua acordó la extinción de la prestación de IT que venía abonando a la demandante con efectos de 14 de mayo de 2010 por incomparecencia de la actora al reconocimiento médico prescrito para el día 13 de mayo.



Dicha extinción se comunicó a la demandante mediante escrito de fecha 11 de junio de 2010 que se remitió mediante correo certificado con acuse de recibo. La demandante recibió dicho escrito en fecha 23 de junio de 2010.

No cabe tampoco apreciar contradicción respecto del motivo alegado por el recurrente puesto que en la referencial en la segunda de las notificaciones no se dejó aviso y, por tanto, no puede imputarse a la demandante la no recepción de esa segunda notificación ya que en el acuse de recibo de la segunda notificación se hizo constar "no entregado, destinatario desconocido"; en cambio en la recurrida el trabajador no se encontraba en su domicilio en la fecha de la entrega, por lo que por el Servicio de Correos se dejó aviso de llegada en buzón, sin que el actor compareciera a las dependencias de Correos para su retirada hasta pasados veintiocho días.

4. - El motivo cuarto es sobre el trámite de audiencia previa.

Trae el recurrente al procedimiento como sentencia referencial la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de dieciocho de diciembre de dos mil seis (R. 3678/2006).

Consta que con fecha 12/05/2005 la trabajadora cayó en situación de I.T., permaneciendo en dicha situación en la fecha de 8/01/2006. El 17 de junio del 2005 la trabajadora recibió escrito de la Mutua en el que le comunicaba que no habiendo comparecido a reconocimiento médico, sin que les constara causa justificada para ello, acordó la extinción de la prestación económica, con efectos del día 02/06/2005. Con anterioridad, el 30-05-2005, la Mutua demandada envió un telegrama, haciéndose constar por el Servicio de Correos "No entregado, rehusado por el destinatario".

La Sala, de la interpretación del Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo, que modificó el Reglamento General sobre Colaboración en la Gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, que adiciona un nuevo párrafo segundo al apartado 2 del art. 61 y adiciona dos nuevos párrafos tercero y cuarto al apartado 1 del art. 80, junto con las modificaciones introducidas en la Ley de Seguridad Social (artículo 131 bis modificado por el artículo 34.4 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y por el Real Decreto 428/2004), declara que parece razonable que el trabajador pueda alegar la causa motivadora de la incomparecencia, como requisito previo a la extinción.

Pero la contradicción es aquí inexistente, por cuanto la sentencia recurrida no conoce sobre dicha cuestión ni contiene por lo tanto ningún pronunciamiento relativo al eventual incumplimiento del trámite de audiencia que pudiere estar en contradicción con la sentencia de contraste.

Y si la recurrida no resuelve sobre las mismas cuestiones jurídicas de las que conoce la sentencia referencial, es obvio que no puede apreciarse contradicción entre una y otra.

Otra cosa es que la ausencia de un pronunciamiento en tal sentido pudiere suponer que la recurrida haya incurrido en el vicio de incongruencia omisiva - si es que dicha cuestión se había suscitado adecuadamente en la demanda y en el posterior recurso de suplicación-, pero el recurso de casación no articula ningún motivo a tal efecto, ni tampoco invoca ninguna sentencia de contraste en esta materia.

5.- El motivo quinto plantea como núcleo de contradicción la aplicación del artículo 132 de la LGSS . Aporta como sentencia de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de trece de mayo de dos mil once (R. 589/2011).

En la referencial, que declaró nula el alta médica emitida por la Mutua, se declara probado que el 02/02/2009 inició situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. El 18 de agosto de 2009 el demandante no acudió a la sesión de fisioterapia del tratamiento rehabilitador indicado. En fecha 18/08/09, se indica "...avisan desde RHB que lleva varios días sin acudir. Hoy se le llama por teléfono y dice que no viene a rhb porque tiene que ir a ver unas plantas. Alta por incomparecencia. De igual modo en el apartado de rehabilitación en relación a ese día se hace constar, "No viene a la hora indicada porque según me comenta va a pescar por las noches. Hoy falta a fisioterapia a pesar de haberle insistido que es obligatorio acudir todos los días, me dice "que tiene que ir a Teverga a mirar unas plantas y que le da igual lo que le digamos y que si le tenemos que dar el alta que se la demos". Comentamos con el tramitador". Con fecha 18/08/09 la Mutua demandada declaró extinguida la prestación económica con efectos del 18/09/08, por incomparecencia a las citaciones de tratamiento médico. El actor se incorporó a su actividad laboral con fecha 28 de enero de 2010.

La Sala declaró que la incomparecencia a las sesiones de fisioterapia pautadas constituye el supuesto de abandono de tratamiento que el artículo 132 de la Ley General de la Seguridad Social establece como causa de suspensión del derecho al subsidio, no de extinción.

No cabe apreciar la existencia de contradicción ya que la sentencia recurrida resuelve un supuesto fáctico en el que, a diferencia del de la referencial, concurría el presupuesto exigido por el artículo 131 bis 1 de la



Ley General de la Seguridad Social para la extinción del derecho al subsidio puesto que en la recurrida no se compareció a la revisión y en la referencial al tratamiento.

6.- En el sexto y último motivo, entiende el recurrente que la sentencia recurrida entra en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la sentencia de 13 de noviembre de 2013 rec. 2780/2012 . Designa como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de catorce de Julio de dos mil quince (R. 3540/2014).

Tras la modificación fáctica admitida en suplicación, constan como hechos probados que el trabajador inició su situación de incapacidad temporal el día 18 de julio de 2013 siendo citado por la entidad mencionada mediante comunicación de fecha 24 de julio de 2013 para reconocimiento el día 30 del mismo mes, no pudiendo ser entregado el burofax el día 26 de julio por estar el trabajador ausente al reparto. Se deja aviso de llegada, que especifica que el remitente es la Mutua". Remite el demandante escrito por fax el 8 y 14 de agosto de 2013, poniendo en su conocimiento que se recogió la citación el 7 de agosto. La Mutua comunicó, por escrito de 29 de agosto de 2013 que procedía a extinguir la prestación de incapacidad temporal que venía percibiendo desde el día 31 de julio de 2013 al no haber justificado suficientemente su incomparecencia pese a haber sido emplazado para ello, presentando el demandante escrito de alegaciones en fecha 30 de septiembre de 2013 siendo dado de alta por mejoría el 13 de noviembre de 2013. El demandante permaneció ingresado en la Clínica Ruber en Madrid los días 19 y 20 de julio de 2013, siendo intervenido de la rotura parcial del ligamento cruzado anterior, iniciando el 6 de agosto tratamiento rehabilitador. En anterior proceso de incapacidad temporal el demandante fue citado por una Mutua para reconocimiento el día 24 de febrero, no entregado, dejado aviso, no siendo recogido el burofax hasta el 16 de marzo."

No cabe tampoco apreciar contradicción entre las resoluciones comparadas, ya que en la referencial el lapso temporal que media entre la remisión del burofax y su recogida es de once días, en cambio en la recurrida el trabajador tardó veintiocho días en recoger el aviso en Correos. En la referencial el trabajador había sido intervenido quirúrgicamente en Madrid, ciudad muy distante de su domicilio, habiendo sido dado de alta solo dos días antes de que la Mutua remitiese la citación, circunstancia que no concurre en la recurrida. En la recurrida consta que la Mutua, parte en el procedimiento, fue la que citó al trabajador, circunstancia que no concurre en la de contraste en la que solamente consta que fue "una Mutua" Finalmente en la referencial se descarta totalmente la existencia de fraude en el cobro de prestaciones, pronunciamiento que no concurre tampoco en la recurrida.

CUARTO .- Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, el recurso ha de ser íntegramente desestimado para confirmar en sus términos la sentencia de instancia. Si costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Santiago , contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el recurso de suplicación núm. 260/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Segovia, de fecha 8 de marzo de 2016 , recaída en autos núm. 745/2015 , seguidos a su instancia frente a Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 274, sobre incapacidad temporal, para confirmarla en sus términos y declarar su firmeza. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.