

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 00 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

NIG: 00000000000000000000

Procedimiento Recurso de Suplicación 0000

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 00 de Madrid Impugnación de altas médicas 000

Materia: Alta médica

Sentencia número: 000

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. MARIA AMPARO RODRÍGUEZ RIQUELME

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid, a veintiuno de junio de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 0 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 0000, formalizado por la Sra. Letrado D^a _____ en nombre y representación de D. _____, contra la sentencia de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social nº 00 de Madrid, en sus autos número 000, seguidos a instancia de la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA ASEPEYO, sobre Alta médica, ha sido Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL RUIZ PONTONES,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

“PRIMERO.- El actor D. _____, afiliado a la Seguridad Social con el nº 0000000000000000, viene prestando servicios por cuenta y orden del Ayuntamiento de Madrid como policía municipal, causó baja médica el 31.05.2016 iniciando proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Madrid tiene concertadas las contingencias comunes y profesionales de los procesos de incapacidad temporal de sus trabajadores con la Mutua de Accidentes y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Asepeyo.

TERCERO.- Por resolución de 02.12.2016 fue acordada la citación del actor a reconocimiento el 22.12.2016 en la C/ López de Hoyos nº 169 de Madrid ante los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social; El actor no acudió a dicho reconocimiento, ni justificó su ausencia al mismo.

CUARTO.- Dicha resolución fue enviada al domicilio del actor sito en la C/ _____, ____ de _____, a través del servicio de correos en fechas 12.12.2016 y 14.12.2016, sin que fuera posible su entrega domiciliaria por “ausente de reparto”. Depositado el envío en la oficina de correos el mismo no fue retirado por el interesado.

QUINTO.- Mediante resolución de fecha 29.12.2016 la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social se procedió a la suspensión cautelar del derecho a la prestación económica de IT que venía percibiendo el actor por no haberse presentado ni justificado las causas de no haber acudido al reconocimiento otorgándole, 10 días para justificar la ausencia ; El actor presentó escrito en fecha 30.01.2017 poniéndose a disposición del ente gestor para pasar reconocimiento médico extraordinario cuando estimase oportuno al no haberle sido comunicado que en diciembre de 2016 debía acudir a reconocimiento.

SEXTO.- Por resolución de 26.01.2017 de la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social se acordó que al no haber justificado su ausencia al reconocimiento en el plazo de 10 días, con efectos de 22.12.2016, se procedía a la extinción del derecho a la prestación económica de incapacidad temporal que venía percibiendo.

SÉPTIMO.- Con fecha 23.03.2017 el actor presentó reclamación previa contra la resolución de fecha de salida 26.01.2017, desestimada mediante resolución que, al obrar a los folios 12 y 13 de autos, se da por reproducida.”

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *“Que desestimando la demanda formulada por D. _____ en materia de prestación de incapacidad temporal contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales Asepeyo DEBO DE ABSOLVER y ABSUELVO a los referidos demandados de los pedimentos en su contra deducidos.”*

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte (Mutua Asepeyo).

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14/11/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión del demandante que se declare nulo el procedimiento de extinción de la prestación de IT y se condene a la demandada a reanudar la citada prestación desde la fecha en que fue suspendido, el 22/12/2016, y que también desestima la petición subsidiaria, la representación letrada del mismo interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, interesa la revisión del hecho probado cuarto proponiendo la siguiente redacción:

“Dicha resolución fue enviada al domicilio del actor sito en la c/_____ de _____, a través del servicio de correos en fechas 12.12.2016 y 14.12.2016, sin que fuese posible su entrega domiciliaria por “ausente de reparto”. Depositado el envío en la oficina de correos el mismo no fue retirado por el interesado. Constando sello de la oficina de devolución de fecha 27 de diciembre de 2016.”.

La revisión debe prosperar al desprenderse de la documental que cita.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción del artículo 42.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, y sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que no constituyen jurisprudencia a tenor del artículo 1.6 del Código Civil. En síntesis expone que en el aviso de recibo de correos no consta la hora en la que se produjeron los intentos de notificación; que el primer intento de notificación se efectúa el 12/12/2016 existiendo 15 días para recoger el certificado en correos, finalizando el plazo el 27/12/2016, cuando el día fijado para la citación era el 22/12/2016, no cumpliéndose lo previsto en el artículo 42.2 de la Ley 39/2015, por lo que debió intentarse una segunda notificación, y que el actor propuso el reconocimiento médico el día que el INSS considerase oportuno.

El artículo 42.2 de la ley 39/2015 dispone:

“Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, 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. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44.”, señalando el artículo 44 que:

“Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en

el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado».

Consideramos que el segundo intento la notificación se considerará infructuosa cuando haya transcurrido el plazo indicado para su retirada en los servicios correos ya que el RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se establece el Reglamento de los Servicios Postales, determina que una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega; el plazo que se establece es de un mes como máximo, lo que supone que nunca puede establecerse un mayor pero sí uno de menor duración antes de proceder a la devolución de la notificación a la Administración remitente.

Del relato fáctico se desprende que el 2/12/2016 se dicta resolución acordando citar al demandante a reconocimiento para el 22/12/2016 en la calle López de Hoyos nº 269 de Madrid, ante los servicios médicos del INSS (hecho probado tercero). La resolución fue enviada a su domicilio, a través de correos, intentándose su entrega los días 12/12/2016 y 14/12/2016 (folio nº 63), sin que fuese posible la misma por "ausente de reparto", depositándose en correos no fue retirado (hecho probado cuarto). Por resolución del 29/12/2016 se dicta resolución suspendiendo cautelarmente la prestación económica de IT y por resolución de 26/01/2017 se procede a la extinción del derecho a la prestación de IT al no justificar su ausencia al reconocimiento en el plazo de 10 días, con efectos de 22/12/2016 (hechos probados quinto y sexto).

Es indiferente que en el acuse de recibo de correos no conste la hora en que se produjeron los intentos de notificación porque lo importante es que medie al menos tres horas entre los dos intentos de notificación, y en este caso se ha cumplido. Aunque el plazo para recoger la notificación expirase el 27/12/2016 y la fecha para el reconocimiento fuese el 22/12/2016, este hecho no le ocasiona indefensión pues si tenía conocimiento hasta que día podía retirar la notificación debió actuar con la diligencia debida al ciudadano medio y acudir inmediatamente a correos, no esperando a que le notifiquen la resolución de suspensión de la prestación de IT para ponerse a disposición de los servicios médicos del INSS.

El recurrente expone que no le dejaron aviso para que acudiese a los servicios de correos a retirar la notificación. Cuando por segunda vez se intenta

infructuosamente la notificación por correos, sin que comparezca en correos a retirar la misma, la entidad gestora debió efectuar la notificación a través del boletín oficial correspondiente. La Disposición Adicional tercera de la Ley 39/2015 establece que:

“1. El «Boletín Oficial del Estado» pondrá a disposición de las diversas Administraciones Públicas, un sistema automatizado de remisión y gestión telemática para la publicación de los anuncios de notificación en el mismo previstos en el artículo 44 de esta Ley y en esta disposición adicional. Dicho sistema, que cumplirá con lo establecido en esta Ley, y su normativa de desarrollo, garantizará la celeridad de la publicación, su correcta y fiel inserción, así como la identificación del órgano remitente.

2. En aquellos procedimientos administrativos que cuenten con normativa específica, de concurrir los supuestos previstos en el artículo 44 de esta Ley, la práctica de la notificación se hará, en todo caso, mediante un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de que previamente y con carácter facultativo pueda realizarse en la forma prevista por dicha normativa específica.

3. La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de los anuncios a que se refieren los dos párrafos anteriores se efectuará sin contraprestación económica alguna por parte de quienes la hayan solicitado.” Una vez que se recibe de correos el acuse de recibo sin que conste la recepción por parte del interesado, la entidad gestora debió efectuar la notificación a través del boletín oficial correspondiente, como ya hemos indicado, dando cumplimiento a la norma que establece que “*se hará*”. Hoy en día estamos ante medios ágiles puestos al servicio de la Administración para que se cumplan con las garantías establecidas y evitar el debate de si se ha dejado aviso en condiciones que permitan su recepción para que pueda acudir a correos.

La no realización de la notificación en forma debida supone que la misma sea defectuosa no produciendo efectos el acto en aquellos casos que la eficacia del mismo esté supeditada a su notificación, que en este caso es de comparecer un determinado día. El vicio en la notificación ha creado una indefensión material impidiendo que adopte las medidas que estimase más eficaces para la defensa de sus derechos o intereses con el consiguiente perjuicio real y efectivo pues no tuvo conocimiento en momento alguno de la citación, ni consta que se dejase aviso para que acudiese al servicio de correos. Lo expuesto lleva a estimar el motivo y el recurso.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. _____ contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 00 de Madrid, en autos nº 000, seguidos a

instancia de la parte recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES ASEPEYO, en reclamación IMPUGNACIÓN RESOLUCIÓN DEL INSS EXTINGUIENDO LA INCAPACIDAD TEMPORAL, revocando la resolución del INSS y de la Mutua que declaraba extinguida la prestación de incapacidad temporal, reponiendo al demandante en el abono de la citada prestación desde que dejó de abonarse. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de duplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0986-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo ORDENANTE, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo BENEFICIARIO, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo "OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000098617), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración

indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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 ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en _____ por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.