



Roj: STSJ AND 13623/2011
Id Cendoj: 41091340012011102921
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Sevilla
Sección: 1
Nº de Recurso: 933/2011
Nº de Resolución: 3640/2011
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: FRANCISCO MANUEL ALVAREZ DOMINGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso nº933/11 -AC- Sentencia nº3640/11

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilma.Sra.Magistrada

DOÑA MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Presidenta

Ilmo. Sr. Magistrado

DON FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ (PONENTE)

Ilmo.Sr. Magistrado

DON FRANCISCO CARMONA POZAS

En Sevilla, a veintidós de Diciembre de dos mil once.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM.3640/11

En el recurso de suplicación interpuesto por Luis Carlos , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Sevilla en sus autos nº 540/10; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Luis Carlos contra Seguro de Vida y Pensiones Antares SA y Telefónica S.A.U., sobre Seguridad Social, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 22-11-10 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

ROLLO 933/11

"PRIMERO.- D. Luis Carlos , N.I.F. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de la empresa Telefónica S.A.U., hasta que en fecha de 29.09.2003, en que suscribió un contrato de desvinculación, en los términos que constan en folios 115 a 120, que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- En el contrato en cuestión, sin embargo, recoge una cláusula relativa a asistencia sanitaria, a cuyo tenor "a todos los empleados que se acojan al Presente Plan Social mediante cualesquiera de los programas reseñados en este punto, se les ofrecerá la posibilidad de suscribir la póliza sanitaria de Antares, con el pago, por parte de la empresa, de los porcentajes que se subvencionan en los actuales convenios

colectivos de desvinculados en los términos exigidos en la cláusula de Asistencia Sanitaria Complementaria del vigente Convenio Colectivo".

TERCERO.- La relación laboral se regía por el Convenio colectivo de

empresa. En concreto, consta el Convenio Colectivo 2003-2005 (folios 17 a 19, que se dan por reproducidos), cuya cláusula 11.3. regula asistencia social complementaria, que fue prorrogado hasta el 31.12.2007 (folios 20 y 21, que dan por reproducidos).

Éste no modificó la cláusula relativa a la asistencia social complementaria.

Posteriormente, se publicó, en BOE de 14.10.2008, el Convenio Colectivo 2008-2010 de Telefónica de España S.A.U., con vigencia hasta el 31.12.2010 (folios 22 a 24).

CUARTO.- En cumplimiento de lo acordado en la cláusula 11 del Convenio, la empresa suscribió con Seguros de Vida y Pensiones Antares S.A. unas pólizas. En concreto, la póliza nº 14/00000006, es para desvinculados de la empresa, fechado el 1.1.2004 (folios 25 a 41 que se dan por reproducidos). Dicha póliza fue modificada el día 1.1.2005, en los que respecta a los apartados 3, 4 y 5 de las condiciones generales de la póliza, en los términos que consta en folio 42, que se da por reproducido. En igual fecha, se modificaron las tarifas para el año 2.005, en la póliza mencionada:

Primas Netas Anuales

H M

Hasta 25 181,32 # 232,19 #

26-30 212,86 # 525,28#

36-45 296,26 # 446,84 #

46-55 405,12 # 518,72 #

56-58 526,66 # 526,66 #

59-61 684,65 # 684,65 #

62-65 890,05 # 836,84 #

65 1.031,73 # 950,90 #.

A dichas tarifas se le aplicarán los impuestos legales del 3 por mil. Dicho impuesto se aplicará en su totalidad en el primer recibo correspondiente al mes de Enero (folio 43).

QUINTO.- En fecha de 1.1.2006 se revisaron las tarifas para el año 2006:

Primas Netas Anuales

AÑOS H M

Hasta 25 188,58 # 241,48 #

26-30 221,37# 546,19 #

36-45 308,11 # 464,71 #

46-55 421,32 # 539,47 #

56-58 547,72 # 547,72 #

59-61 712,04 # 712,04 #

62-65 925,65 # 870,32 #

65 1.073,00 # 988,94 #.

A dichas primas les resultará de aplicación, el correspondiente recargo del 3 por mil destinado al Consorcio de Compensación de Seguros que se aplicará en su totalidad en el primer recibo correspondiente al mes de Enero. Asimismo, se amplía la cobertura, se excluyen unas y se limitan otras (folios 45 y 46).

SEXTO.- En fecha de 1.1.2007 se firma un apéndice de la póliza nº 14/00000006, en que se revisan las tarifas para el año 2007:

Primas Netas Anuales

AÑOS H M

Hasta 25 198,00 # 253,55 #
26-30 232,44 # 573,50 #
36-45 323,52 # 487,95 #
46-55 442,39 # 566,44 #
56-58 575,11 # 575,11 #
59-61 747,64 # 747,64 #
62-65 971,93 # 913,83 #
65 1.126,65 # 1.038,38 #.

A dichas primas les resultará de aplicación, el correspondiente recargo del 3 por mil destinado al Consorcio de Compensación de Seguros que se aplicará en su totalidad en el primer recibo correspondiente al mes de Enero. Asimismo, se amplía la cobertura, se dejan de excluir otras (folio 47).

SÉPTIMO. En fecha de 1.1.2008 se firma un apéndice de la póliza nº 14/00000006, en que se revisan las tarifas para el año 2008:

Primas Netas Anuales

AÑOS H M

Hasta 25 204,79 # 262,23 #
26-30 240,40 # 593,14 #
36-45 334,60 # 504,66 #
46-55 457,54 # 585,84 #
56-58 594,81 # 594,81 #
59-61 773,25 # 773,25 #
62-65 1.005,22 # 945,13 #
65 1.165,24 # 1.073,95 #.

A dichas primas les resultará de aplicación, el correspondiente recargo del 3 por mil destinado al Consorcio de Compensación de Seguros que se aplicará en su totalidad en el primer recibo correspondiente al mes de Enero. Asimismo, se aclaran ciertas coberturas (folio 50).

OCTAVO.- En fecha de 1.1.2009 se firma un apéndice de la póliza nº 14/00000006, en que se revisan las tarifas para el año 2009:

Primas Netas Anuales

AÑOS H M

Hasta 25 215,64 # 276,13 #
26-30 253,15 # 624,58 #
36-45 352,33 # 531,41 #
46-55 481,79 # 616,89 #
56-58 626,33 # 626,33 #
59-61 814,23 # 814,23 #
62-65 1.058,50 # 995,22 #
65 1.227,00 # 1.130,87 #.

A dichas primas les resultará de aplicación, el correspondiente recargo del 3 por mil destinado al Consorcio de Compensación de Seguros que se aplicará en su totalidad en el primer recibo correspondiente al

mes de Enero. Asimismo, se incluye la medicina general. Se relacionan servicios sin coste para el asegurado, y otros con coste para el asegurado. Así los servicios que aparecen relacionados en la guía dental serán por cuenta del asegurado, el cual asumirá el coste determinado por el baremo que figura en la misma y vigente en cada momento (folios 52 y 53).

NOVENO.- En enero de dos mil nueve, suscriben un apéndice de la póliza en cuestión para aclarar la redacción de la cláusula objeto del contrato, en los términos que constan en folio 55, que se da por reproducido.

DÉCIMO.- En fecha de 1.1.2010 se firma un apéndice de la póliza nº 14/00000006, en que se revisan las tarifas para el año 2010:

Primas Netas Anuales

AÑOS H M

Hasta 25 215,64 # 276,13 #

26-30 253,15 # 624,58 #

36-45 352,33 # 531,41 #

46-55 481,79 # 616,89 #

56-58 626,33 # 626,33 #

59-61 814,23 # 814,23 #

62-65 1.058,50 # 995,22 #

65 1.227,00 # 1.130,87 #.

A dichas primas les resultará de aplicación, el correspondiente recargo del 0,15 por mil destinado al Consorcio de Compensación de Seguros que se aplicará en su totalidad en el primer recibo correspondiente al mes de Enero. Añade "copago. Con efecto 1 de enero de 2010 se incluye el sistema de copago, en concepto de participación el asegurado en la utilización razonable de los servicios médicos. Este sistema supondrá que el asegurado deberá asumir los importes que abajo se relacionan y que le serán facturados de forma trimestral, junto con el recibo de prima del mes correspondiente:

Acto médico

(*) Medicina Primaria (ATS, Medicina General y Pediatría).

Resto de actos médicos, excepto los siguientes

*En Hospitalización e intervenciones quirúrgicas

Estancia

Material fungible

Gastos uso de quirófano

Prótesis

Medicamentos

Copago

1 #/ acto

3,5 #/acto

Sin copago

Asimismo, se amplía la cobertura, y se aclara el alcance de algunas coberturas (folio 57).

UNDÉCIMO.- En fecha de 20.1.2010 se incluye un nuevo apéndice a la póliza, en cuya virtud "Sistema de copago. Con efecto 1 de enero de 2010, la Empresa Tomadora de la póliza, asumirá el coste de los copagos que generen los asegurados, por la utilización de los servicios de Medicina Primaria (ATS, Medicina General, Pediatría y puericultura). Este coste, será facturado a la Empresa de forma trimestral (folio 59).

DUODÉCIMO.- En fecha de 4.11.2009 se reúne la Comisión de Seguimiento de Asistencia Sanitaria en que la representación de la empresa informa de las tarifas aplicables para el año 2010, " en cuanto a las pólizas

subvencionadas, por parte de la Empresa se informa que la situación económica general y las dificultades que la crisis está provocando en muchas familias ha supuesto un notable incremento en el número de bajas que se ha producido en el último año en las pólizas de prejubilados/desvinculados (superior a 1000 asegurados con sus respectivos beneficiarios). Por ello, a pesar de que la mayoría de otras Aseguradoras se sitúan en subidas de primas por encima del IPC sanitario, por parte de la Compañía ANTARES se va mantener las actuales tarifas si bien se introduce la novedad del "copago" como ticket moderador del uso de los servicios dado el incremento de la siniestralidad que presentan las pólizas de prejubilados y desvinculados.

La Representación de los Trabajadores considera que no es una buena medida y provocará el rechazo de estos colectivos, ya que supone asumir un mayor coste por parte del colectivo de prejubilados/desvinculados en un momento difícil dada su situación particular y la de la economía en general..."

DECIMOTERCERO.- En fecha de 3.2.2010 nuevamente se reunió la Comisión de Seguimiento de Asistencia Sanitaria, en que "la Empresa ante esta petición ha procedido a un análisis conjunto con ANTARES ofreciendo -como posibilidad y con el esfuerzo presupuestario que conlleva para Telefónica- la opción de asumir el copago que se genere derivado de la Medicina General para el colectivo de prejubilados y desvinculados. En este sentido, considera positiva esta medida ya que la mayor parte de la atención de este colectivo se genera por esta vía considerando que desde la Medicina General se atienden la mayor parte de las patologías de este colectivo, teniendo en cuenta que la atención vía hospitalaria no genera copago.

La Representación de los Trabajadores considera esta medida positiva pero lo ve insuficiente dado que, en su opinión, el copago está perjudicando al asegurado más lo que utiliza por razón de enfermedad y solicita otras medidas alternativas y si existen oportunidades de mejora..." (folios 62 y 63, que se dan por reproducidos).

DECIMOCUARTO.- El importe al que asciende la compensación efectuada por Telefónica de España a ANTARES S.A., en concepto del 40% del coste de la póliza de asistencia sanitaria, del colectivo de Prejubilados de Telefónica, durante el ejercicio 2.008, ha sido de 4.074.812 euros, correspondientes a los 20.980 asegurados (folio 64).

DECIMOQUINTO.- El importe al que asciende la compensación efectuada por Telefónica de España a ANTARES S.A., en concepto del 40% del coste de la póliza de asistencia sanitaria, del colectivo de Prejubilados de Telefónica, durante el ejercicio 2.009, ha sido de 4.853,749 euros, correspondientes a los 21.647 asegurados (folio 65).

DECIMOSEXTO. El importe al que asciende la compensación efectuada por Telefónica de España a ANTARES S.A., en concepto del 40% del coste de la póliza de asistencia sanitaria, del colectivo de Prejubilados de Telefónica, durante el ejercicio 2.0010, ha sido de 3.383.130 euros, correspondientes a los 19.424 asegurados (folio 66).

DECIMOSÉPTIMO.- La siniestralidad de las pólizas colectivas de Prejubilados de Telefónica de España S.A.U. en comparativa con la póliza de empleados en activo de esa misma empresa es la siguiente (folio 105 y 106)

SINIESTRALIDAD

Pólizas

14/00000001(activos)

14/00000004(prejubilados)

14/00000006(prejubilados)

31/12/200 5

61,21%

86,50%

81,18%

31/12/200 6

61,52%

90,87%



85,31%
31/12/200
7
65,86%
90,86%
84,47%
31/12/200
8
70,03%
87,01%
80,87%
31/12/200
9
72,31%
93,56%
83,96%

DECIMOCTAVO.- En los ejercicios 2008, 2009 y 2010 el promedio de actos médicos del colectivo de asegurados de las pólizas 14/00000004 y 14/00000006 en comparación con la póliza de empleados activos de Telefónica de España es el siguiente:

PROMEDIO DE ACTOS MÉDICOS POR ASEGURADO

COLECTIV 2008 2009 2010 (31-10)

Aseg. Actos Promedio Aseg. Actos Promedio Aseg. Actos. Promedio

Activos 63.583 357.078 5,62 63.654; 374.135; 5,88 63.903 336.160 5,26

Prejubilados 24.111 232.379 9,64 21.616 227.812 10,54 19.231 174.674 9,04

DECIMONOVENO.- Los incrementos de primas de tarifas de las pólizas colectivos de Telefónica de España S.A.U. de empleados en activo (póliza nº 14/00000001) y de prejubilados (nº 14/00000004 y 14/00000006) para los ejercicios 2005 a 2009 han sido los siguientes

CRECIMIENTOS DE PRIMAS

Pólizas

14/00000001(activos)

14/00000004(prejubilados)

14/00000006(prejubilados)

2005

3%

4%

4%

2006

3%

4%

4%

2007

3,50%

3,43%

3,43%

2008

4%

5%

5%

2009

0%

5,30%

5,30%

VIGÉSIMO.- En las pólizas colectivas de prejubilados (nºs 14/00000004 y 14/00000006) de enero de 2008 a octubre de 2010 se han causado las siguientes bajas a petición de los titulares asegurados (prejubilados).

BAJAS VOLUNTARIAS

PERÍODO

A 31 DE DICIEMBRE DE

2008

A 31 DE DICIEMBRE DE

2009

A 31 DE OCTUBRE DE

2010

A S E G U R A D O S

TITULARES

11.758

10.532

9.462

B A J A S

TITULARES

775

531

282

BAJAS %

6,59%

5,04%

2,98%

VIGÉSIMOPRIMERO.- La técnica de copago es empleada por otras

entidades como Sanitas (folio 108), Adeslas (folio 109), Asisa (folio 109), DKV(folio 110).

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El actor utilizó los siguientes servicios y tuvo que pagar las siguientes cantidades (por otro lado, no especificadas ni reclamadas endemanda):

Instituto Oftalmológico Privado Andaluz S.A.: Oftalmología; 1 acto; 3,50 #.

Leonardo : Análisis clínicos; 1 acto; 3,50 #.

Instituto Oftalmológico Privado Andaluz S.A.: Oftalmología; 2 actos: 7 #.

Instituto Oftalmológico Privado Andaluz S.A.; Oftalmología; 2 actos: 7 #.

En total tuvo que abonar 41,61 euros.

VIGÉSIMOTERCERO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 8.04.2010, que se celebró sin avenencia el día 20.04.2010 (folio), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-Se hace preciso poner de relieve los siguientes extremos en orden a la adecuada comprensión de las cuestiones planteadas en autos: el demandante causó baja en la empresa con fecha 1 de octubre de 2003, suscribiendo el oportuno contrato de desvinculación incentivada que se menciona en el relato de hechos probados de la sentencia. El anexo l c) del mismo venía a establecer respecto de la asistencia sanitaria, que " *A todos los empleados que se acojan al presente Plan Social mediante cualquiera de los programas reseñados en este punto, se les ofrecerá la posibilidad de de suscribir póliza sanitaria de Antares, con el pago, por parte de la empresa, de los porcentajes que se subvencionan a los actuales colectivos de desvinculados en los términos recogidos en la cláusula de asistencia sanitaria complementaria del vigente Convenio Colectivo* ".

La cláusula del Convenio Colectivo de 2003 vigente en aquel momento venía a poner de relieve respecto de la asistencia sanitaria complementaria, que " *Para el colectivo de Prejubilados y Desvinculados que tuvieran esa condición a fecha de 28 de febrero de 2003 y hubieran suscrito Convenio Especial con la Seguridad Social, en tanto ostenten dicha condición y cumplan el citado requisito, la empresa asumirá, una vez transcurridos los periodos transitorios citados en el apartado anterior, un porcentaje equivalente al 40% del coste global de la póliza que incluye a los cónyuges e hijos dependientes que figuren como beneficiarios de asistencia sanitaria en los anteriores términos, siempre que hayan manifestado su voluntad de adhesión en los plazos expresamente concedidos al efecto* ". El trabajador se adhirió a la póliza número 14/00000006 otorgada por la empleadora con la Cia de Seguros codemandada, con fecha de efectos de 1 de enero de 2004. En las condiciones particulares de la misma, se mencionaba que la prima abonable sería " *co-financiada por el titular y el tomador del seguro. El tomador asume a su cargo, un porcentaje del 40% de la prima de cada asegurado. El resto de la prima del seguro será a cargo del titular y se abonará mediante domiciliación bancaria. (...) Los porcentajes de subvención se fijarán a la fecha de efecto de la adhesión y se mantendrán invariables hasta la baja de la misma* ".

En el apéndice a la dicha póliza de seguro colectivo de grupo de salud para el año 2010 por el que se establecían las primas a abonar durante dicho año, se determinó con efectos del primer día de la misma anualidad, el copago " *en concepto de participación del asegurado en la utilización razonable de los servicios médicos* ", debiendo asumir el mismo unos pagos que se relacionaban, de entre 1 y 3,5 # por acto médico según se tratase de medicina primaria o del resto de actos médicos. La empresa sin embargo vino a asumir posteriormente los copagos que hubieran correspondido a los asegurados, relativos a la utilización de los servicios de Medicina Primaria.

El actor interpuso demanda en solicitud del reconocimiento de su derecho a no abonar cantidad alguna en concepto de copago respecto de la asistencia sanitaria prestada por las demandadas. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de fecha 22 de noviembre de 2010 desestimó la pretensión interpuesta.

SEGUNDO.- Se alza frente a la misma en suplicación el trabajador, alegando diversos motivos al efecto. En el primero de ellos, que ampara en la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral , aduce la infracción de los artículos 2 a) y 80.1 d) de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española . Considera que la jurisprudencia que indica, pone de relieve la viabilidad de las acciones declarativas en el proceso laboral siempre que con ellas se persiga la protección de un interés cuya tutela sólo pueda obtenerse de esa forma. Es claro en el caso de autos el interés manifiesto y concreto del demandante.

Al respecto, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2007 puso de relieve que " *En este sentido hay que comenzar recordando que la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 34/1984 [RTC 1984 , 34] , 71/1999 [RTC 1999 , 71] , 210/1992 [RTC 1992 , 210] y 20/1993 [RTC 1993 , 20]) y la de esta Sala (sentencias de 15 de julio de 1987 , 8 de octubre de 1997 , 31 de mayo de 1999 y 20 de julio de 2001) han admitido el ejercicio de acciones meramente declarativas en el proceso laboral, pero esa admisión se condiciona a que aquéllas cumplan determinadas exigencias, entre las que se encuentran las relativas a que el ejercicio de la acción esté justificado por una necesidad de protección jurídica y se corresponda con «la pretensión deducida y ésta con el interés que se pretenda tutelar, de modo que cuando lo realmente deducido sea una pretensión de condena, la acción debe tener tal carácter». Por ello, se entiende que no pueden plantearse «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera «litis», pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo». "*

Debe considerarse en este orden de cosas que existe el interés concreto y actual al que se refiere el criterio jurisprudencial. No cabe duda de que el trabajador ha visto objetivamente modificada la prestación de asistencia médica que venía recibiendo con anterioridad, mediante el cobro de una cantidad por parte de los actos médicos prestados, independientemente del monto de la misma, cuya pequeña cuantía establece precisamente una dificultad añadida a la hora de recabar su importe de forma aislada o periódica, mediante el ejercicio de sucesivas acciones judiciales. Tal y como pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30-1-06 (rec. 183/2005) en la que se admitió el establecimiento de una condena de futuro: " *en el caso de autos existió una lesión actual, cual fue la negativa de la empleadora a satisfacerle el plus de transporte cuyo importe tenía acreditado. Y se declaró el derecho a su devengo, matizándose, en la sentencia de suplicación, que ello era así en tanto se mantuvieran las actuales circunstancias de hecho y de derecho. La actora tiene un interés actual y concreto a que se le reconozca el derecho que, hasta ahora le ha sido negado, de modo que no haya de acudir a los tribunales cada mes para que le sea satisfecha la indemnización por transporte. Y ese es un interés que debe ser protegido mediante la tutela judicial efectiva, pues no se trata de «conjurar peligros de dimensión simplemente virtual o proveerse la parte de dictámenes u opiniones judiciales más o menos autorizadas», como invoca la recurrente, sino de amparar judicialmente a quien ha acreditado ser merecedora y estar necesitada de protección judicial. "*

TERCERO .-Se plantea en el recurso de suplicación un segundo motivo al amparo del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral , invocando como conculcados los artículos 1256 y 1258 del Código Civil en relación con los artículos 82.3 y 85 del Estatuto de los Trabajadores . Entiende el recurrente que la póliza de desvinculados de fecha 1 de enero de 2004 prevé la obligación de pago por la empleadora, lo que se repite en la totalidad de la las sucesivas prórrogas de la póliza otorgada. Idéntico criterio establece la cláusula c) del Anexo I del contrato de desvinculación, siendo aplicable a la fecha de suscripción y por remisión expresa, el Convenio 2003-2005 en su artículo 11.3. El mismo no se ha modificado en este punto por el Convenio que le sucede. La modalidad del copago no fue introducida sino seis años después de la póliza inicial, en el apéndice de prórroga para 2010.

En realidad y sin embargo, debe considerarse que el porcentaje de la prima de aseguramiento que corresponde al asegurado no ha sufrido modificación alguna, siguiendo la empresa de hecho asumiendo el porcentaje de abono de la misma que le correspondió inicialmente. En contra del criterio mantenido por el trabajador, es claro que el copago objeto de la reclamación no forma parte de la prima, puesto que su abono está en función del uso que de determinados servicios médicos haga el beneficiario, pudiendo concurrir o no, mientras que la prima debe ser satisfecha en el plazo establecido y por el importe acordado, con carácter necesario. Ello determina que objetivamente, deba considerarse el copago impuesto como parte integrante de la prestación otorgada, ya que sólo surge cuando el riesgo previsto ha aparecido, determinando la necesidad de la realización del acto médico.

No existe elemento alguno convencional, ya sea de naturaleza colectiva o particular, que permita al trabajador sostener la necesidad de respetar una condición impuesta de excluir la posibilidad del pago por acto médico que se introdujo, ciertamente como elemento nuevo a partir de 1 de enero de 2010, en la relación de aseguramiento. Ni existe tampoco limitación contenida en convenio o contrato individual que imponga a la empresa la imposibilidad de negociar una renovación de la póliza que suponga una modificación de la prestación concertada en su día. De hecho, es el supuesto habitual en las contrataciones de aseguramiento, cualquiera que sea su naturaleza, y también en el caso de la póliza estudiada, que ha sufrido modalizaciones en su contenido a través de los sucesivos apéndices que se le han venido incorporando con el tiempo y que cita la propia sentencia de instancia.

En puridad, tanto el costo como las prestaciones derivadas de la póliza se han venido alterando anualmente en función de los pactos establecidos por el tomador del seguro-empresa y por la propia Compañía Aseguradora, a los que correspondía dicha facultad. El sistema del copago por tanto no pasa de ser uno más de los elementos de la prestación que recibe el beneficiario con la asistencia sanitaria que constituye su objeto. Tal y como ponía de relieve la sentencia de esta misma Sala de 31 de enero de 2003 , " *Aunque se estimara que nos encontramos ante una cláusula restrictiva de derechos procedería la estimación del recurso, pues la cláusula fue aceptada por el tomador del seguro, esto es, por la empresa que lo concertó y firmó la póliza sellando todas las hojas, incluso aquellas donde constaban las condiciones especiales que vienen destacadas en la póliza y fueron aceptadas por la empresa tomadora del seguro de forma expresa, cual se dijo antes. En efecto, conforme a los arts. 7º y 81 y demás concordantes de la Ley del Contrato de Seguro , el tomador del seguro es quien delimita el contenido del contrato y quien asume frente al asegurador las obligaciones derivadas del mismo, lo que en los seguros colectivos equivale a entender que el mismo actúa en nombre del asegurado por ministerio legal, lo que supone que la aceptación por el mismo de las cláusulas restrictivas de derechos es válida y libera a la aseguradora. Por tanto, si la aseguradora quedó liberada por la actuación del tomador del seguro, al delimitar las cláusulas restrictivas del riesgo asegurado, procede desestimar la demanda, pues no consta que la empresa tomadora del seguro viniese obligada convencionalmente a concertar un seguro que cubriese al actor por la contingencia controvertida. "*

CUARTO .-Siendo tales las facultades que deben reconocerse a la empresa tomadora del seguro y no siendo la pactada una cláusula restrictiva de derechos sino definidora de las obligaciones y derechos de los beneficiarios, válidamente concertada, no cabe sino confirmar la sentencia dictada en instancia, previa desestimación del recurso de suplicación frente a ella interpuesto.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

I.-Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Luis Carlos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla de fecha 22 de noviembre de 2010 en el procedimiento seguido a instancias de la recurrente frente a "Telefónica SAU" y "Seguros de Vida y Pensiones Antares SA" en reclamación de derechos, confirmando la sentencia recurrida en todos sus extremos.

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 suplicación, 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. Advirtiéndose de que, contra esta sentencia, cabe recurso de casación para unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DIAS HÁBILES siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo se advierte a la empresa demandada de que si recurre, al personarse en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo deberá presentar en su Secretaría resguardo acreditativo del depósito de seiscientos euros efectuado en la cuenta corriente número 4052 0000 30 933 11 abierta a favor de esta Sala, en el Banco Banesto, Oficina Jardines de Murillo en Sevilla.

Unase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN .- Sevilla a 12/01/12

En el día de la fecha se publica la anterior sentencia. Doy fé.