

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 1370/2017 de 10 May. 2017, Rec. 1452/2016

Ponente: García Álvarez, María Begoña.

Nº de Sentencia: 1370/2017

Nº de Recurso: 1452/2016

Jurisdicción: SOCIAL

La retirada de implante mamario por riesgo de rotura genera derecho al cobro del subsidio por IT

INCAPACIDAD TEMPORAL. Derecho al cobro de la prestación por mujer que ha sido intervenida para la retirada de las prótesis mamarias que voluntariamente se implantó. Esta segunda intervención no tiene una finalidad estética, sino preventiva, pues se ha observado un grave riesgo de rotura y la trabajadora viene padeciendo grandes dolores. Se trata de una contingencia por enfermedad común.

El TSJ Andalucía estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Cádiz y reconoce el derecho de la actora al percibo de la prestación económica por incapacidad temporal.

RECURSO:1452/16 - FS SENTENCIA Nº 1370/17

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMA. SRA. DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ. Presidente de la Sala

ILTMA. SRA. DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

ILTMO. SR. D. JESUS SANCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a 10 DE MAYO DE 2017

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM.1370/17

En el recurso de suplicación interpuesto por Elvira contra la sentencia del Juzgado de lo Social número TRES de los de CADIZ en sus autos Nº 614/14; ha sido Ponente la Iltma. Sra. Dña. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ, Magistrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por Elvira contra SFERA JOVEN SA, INSS Y TGSS sobre SEG. SOCIAL se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 15/12/15 por el Juzgado de referencia.

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

"PRIMERO.- Elvira ha venido prestando sus servicios dirigidos y retribuidos por cuenta de SFERA JOVEN S.A., entidad

esta que tenía concertadas las contingencias con la mutua ASEPEYO.

SEGUNDO.- En fecha de 20-6-14 se emitió baja médica por contingencia común de implantación de prótesis mamaria bilateral, siendo el alta de fecha 4- 7-14.

Dicha intervención médica lo fue con exclusiva finalidad estética.

TERCERO.- En fecha de 30-6-14 por Asepeyo se resolvió denegar a Elvira la prestación de incapacidad temporal.

La reclamación previa formulada por Elvira el 14-8-14 frente al INSS fue desestimada por resolución del INSS de fecha de salida de 21-3-14 al no considerarse competente para resolver el fondo. La formulada frente a la mutua fue asimismo desestimada, al entender que la operación no era necesaria por motivos de salud."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por 15/12/15 que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Mutua ASEPEYO denegó a la actora el derecho al percibo de la prestación económica de Incapacidad temporal del período de 20-06-14 a 4-07-14, y formulada demanda frente a tal denegación se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 3 de Cádiz, ratificando dicha denegación. Frente a dicha sentencia se alza en suplicación la actora, que articula su recurso a través de dos motivos con amparo procesal en los apartados b) y c) del art. 193 LRJS .

Se formula impugnación al recurso por ASEPEYO y por la empresa SFERA JOVEN S.A. cuestionando con carácter previo la admisión del recurso por razón de la cuantía, ascendente a 252,84 euros correspondientes.

SEGUNDO.- En primer término, en cuanto al acceso al recurso de suplicación, el artículo 191.3 c) LRJS establece que procederá en todo caso la suplicación "en los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social".

En el presente supuesto, la pretensión inicial que la demanda postula iba encaminada al reconocimiento de la propia prestación de incapacidad temporal (SSTS 6-03-13 , 17-07-14 , entre otras) que le había sido denegada por la MUTUA, con lo que, al margen de la cuantía (no controvertida de 252,84 euros) inferior por tanto a los 3000 euros (191.2 g), procede admitir el presente recurso.

En el primer motivo de recurso, con amparo en el apartado b) del art. 193 LRJS , interesa el recurrente la revisión del hecho probado segundo, para el que propone, con supresión del párrafo segundo del mismo, la siguiente redacción, con apoyo en la documental invocada:

"en fecha de 20-06-2014 se emitió baja médica por contingencia común, con el diagnóstico de prótesis mamaria bilateral, siendo el alta médica de fecha 4-07- 2014.

El motivo de la anterior baja fue la retirada a la demandante de unas prótesis mamarias que le habían sido implantadas en 2004, para sustituirlas por otras, tras verificarse en un control ecográfico, realizado en junio de 2014 imágenes compatibles con rotura intracapsular de la prótesis derecha, evitando así la sintomatología dolorosa que presentaba, como las posibles complicaciones que se podían derivar de la rotura de dichas prótesis. Siendo ingresada el día 20 de junio de 2014 e intervenida el día del ingreso, bajo anestesia general, en la Clínica de la salud de Cádiz".

De los documentos invocados por el recurrente, en especial del emitido por el Dr. Candido (folio 109) se infiere efectivamente que la actora fue intervenida tras sufrir rotura en implantes de mamas, diagnosticado ecográficamente y con sintomatología dolorosa; que se aconsejaba la intervención para extracción y sustitución, y que dicha intervención se realizó el día 20 de junio.

Con tales datos, resulta procedente acceder a la pretensión revisora interesada, que es acorde con la documental invocada, señalando además que el segundo párrafo del ordinal segundo que luce la sentencia recurrida contiene una conclusión valorativa predeterminante del fallo, que impone su supresión.

TERCERO.- Con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 LRJS denuncia el recurrente la infracción por aplicación indebida del art. 128 de la LGSS , Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre , en relación con la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 21-02-12 .

Tras hacer un análisis de la citada Sentencia, señala que en el presente supuesto la operación de la actora no se

limitó a una cirugía estética, que buscara las deficiencias de la primera implantación de prótesis mamarias, sino a prevenir el riesgo de futuras enfermedades y complicaciones que se pudieran derivar de la rotura de los implantes, ecográficamente contrastados e incluso a evitar en la actualidad el dolor. Por lo que dicha segunda intervención, lejos de obedecer a razones puramente estéticas, obedece a razones reparadoras y de prevención de riesgos para la salud. Se invocan además las SSTSJ del País Vasco de 18-12-07 o la del TSJ de Madrid de 22-12-14, que examinando un supuesto prácticamente idéntico al presente, reconoce a la trabajadora el derecho a percibir la prestación de Incapacidad temporal cuando se somete a cirugía de reemplazo de prótesis mamarias por consejo médico ante el riesgo de rotura.

El artículo 128.1 LGSS invocado por la recurrente establece que:

" 1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación."

Y la enfermedad común no se define sino por exclusión, en el artículo 117.2 LGSS señalando que se considerará tal "las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales..."

No puede tenerse en cuenta la invocación genérica que se hace por el recurrente del Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre, teniendo reiterado la jurisprudencia que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido; con lo que no cabe hacer una invocación genérica a una norma sin concretar ni especificar el precepto o preceptos que se consideran infringidos.

Pues bien, en el supuesto que analizamos, efectivamente el Tribunal Supremo, en la invocada sentencia de 21-02-12, analiza los principios que configuran la protección dispensada por el Sistema de la Seguridad Social, y hace las siguientes consideraciones:

"1ª. La Seguridad Social tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo cual depende de diversos factores o circunstancias. El mayor o menor alcance de la acción protectora se encuentra condicionado por la propia conformación y evolución del sistema y, por tanto, por las posibilidades económicas y por las opciones de política legislativa que se adopten en cada momento.

2ª. La situación de infortunio o riesgo a la que la ley decide dar protección definiéndola como incapacidad temporal consiste en una alteración de la salud que, además de poder precisar una atención médica y farmacéutica que origine un exceso de gastos, puede ocasionar también la incapacidad temporal de trabajar. Pero, conforme al art. 128.1 a) de la LGSS, para el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo es necesario, en primer lugar, que la alteración de la salud sea debida a "enfermedad común o profesional y accidente".

3ª. La cirugía mamaria por razones meramente estéticas y otras intervenciones similares, aunque puedan generar una suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1 a) o i) ET (RCL 1995, 997)), no puede estimarse que entren dentro de las indicadas "contingencias" que determinan la "situación" de incapacidad temporal que se define en el mencionado precepto. Las indicadas contingencias (enfermedad o accidente) aluden a un riesgo que, por definición, constituye un hecho futuro e incierto y que cuando se actualiza produce un daño que es la "situación de necesidad a la que se refiere el art. 41 de la CE (RCL 1978, 2836) ", es decir, una necesidad o conveniencia desde la perspectiva del derecho a la salud del asegurado, pero que no puede configurarse por una decisión libérrima suya ajena a cualquier idea de enfermedad o accidente, aun tomadas en sentido amplio -al margen de las situaciones de necesidad que en casos semejantes puedan surgir posteriormente por complicaciones o patologías secundarias derivadas de aquel acto inicial del asegurado-.

4ª. Si el "estado social", a través de la Seguridad Social, y también los empresarios en cuanto al pago del subsidio de incapacidad temporal que pone a su cargo el art. 131.1LGSS , estuvieran obligados a financiar proyectos puramente personales de mejora de la apariencia física, que no constituyan una situación de necesidad -interpretada con amplitud- para el desenvolvimiento normal de la persona, estaríamos desbordando la protección que nuestro legislador establece para tales situaciones, cubriendo intereses desde luego legítimos desde el punto de vista personal, pero que afectan únicamente a las personas que adoptan tales decisiones.

5ª. Por otra parte, las prestaciones de la Seguridad Social no son totalmente independientes entre sí a modo de compartimentos estancos, sino que forman parte del entramado de protección social garantizada y están sometidas a ciertas interrelaciones y reglas de incompatibilidad. En el caso de la incapacidad temporal, vemos que el precepto relaciona esta prestación con la asistencia sanitaria, al señalar: "mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social...". Aunque tal exigencia se tome como un mero elemento de control en orden a la gestión de la prestación de incapacidad temporal, es claro que en este caso tampoco concurre al tratarse de una intervención de cirugía estética practicada al margen de los servicios sanitarios de la Seguridad Social, seguramente por tratarse de una de las prestaciones no financiadas con cargo a la Seguridad Social (Real Decreto 63/95, de 20 de enero (RCL 1995, 439) , Anexo III. .. 3), de acuerdo con la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones (Ley 16/03, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412) sobre Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud)."

Y si bien es cierto que en el supuesto analizado en la meritada sentencia, se entiende que la cirugía puramente estética asumida de forma voluntaria está excluida del sistema de la sanidad pública, y no genera el derecho a obtener un subsidio de incapacidad temporal, porque no se trata de una contingencia de enfermedad, común o profesional, o de un accidente, sin embargo excepciona las situaciones especiales que pudieran ser tomadas en consideración, como las complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida. Y tal es el supuesto aquí contemplado, en que a la actora se le implantaron una prótesis mamarias en 2004, y la sustitución de las mismas se produjo en junio de 2014, tras verificarse en un control ecográfico imágenes compatibles con rotura de aquellas, estando indicada la cirugía para extracción y sustitución. Con lo que, como indicaba la Sentencia del TSJ de Madrid de 22-12-14 , dicha retirada de las prótesis, que son las que dan lugar al proceso de IT ahora analizado, *no tiene una finalidad estética sino preventiva, para evitar complicaciones que podían derivarse de tal rotura; con lo que no estamos ante una intervención realizada voluntariamente, y dirigida a mejorar el aspecto físico de la demandante, como podía calificarse la intervención realizada en 2004, cuando se implantó las prótesis; sino ante una medida dirigida a evitar un riesgo de salida de la silicona del implante, con las perniciosas consecuencias que ello podía determinar, y a las que se refiere el Informe médico obrante en los autos, que fue analizado por el Juzgador de instancia. Y pese a que del citado informe parece deducirse que finalmente no existía la rotura que se sospechaba de las imágenes ecográficas, no podemos afirmar, como hace el juez de instancia, que por ese motivo, no era necesaria la operación de sustitución; habida cuenta que se habla de una medida preventiva, ante una sospecha de rotura, con riesgo para la salud; y consecuentemente, no estamos aquí ante una cirugía puramente estética, sino ante una complicación o efecto secundario de una primera intervención, que exige una intervención quirúrgica para evitar un riesgo eventual ocasionado por una primer intervención, al margen de que ésta si fuera de cirugía puramente estética y voluntaria.*

Y no habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, procede su revocación, con estimación del presente motivo de recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Elvira contra la sentencia de fecha 15/12/15 dictada por el Juzgado de lo Social número TRES de los de CADIZ en virtud de demanda sobre SEG. SOCIAL formulada por Elvira contra SFERA JOVEN SA, INSS Y TGSS debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y con estimación de la demanda inicial, revocamos el Acuerdo de la Mutua ASEPEYO de 30-06-14 y posterior de 17-07-14 que lo confirmaba, reconociendo el derecho de la actora al percibo de la prestación económica por Incapacidad temporal, por el período de 20-06-14 a 4-07-14, condenando a dicha demandada a estar y pasar por tal declaración, abonando a la actora en tal concepto, la cuantía de 252,84 euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase 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.

PUBLICACION.- Sevilla a 10/05/17