

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia 158/2018 de 23 Ene. 2018, Rec. 2373/2017

Ponente: Lumbreras Lacarra, Elena.

Nº de Sentencia: 158/2018

Nº de Recurso: 2373/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Las operaciones de cirugía estética también pueden generar subsidio de incapacidad

PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. Cirugía con implantes dentales. Intervención no incluida dentro de las prestaciones cubiertas por el Sistema Sanitario Público, y que no consta haya sido indicada por facultativo especialista. Si bien la colocación de implantes dentales no está cubierta por el Sistema Nacional de Salud, dos días después de la intervención presentaba inflamación y le fueron prescritos antibióticos y antiinflamatorios, recibiendo la baja. La complicación de la intervención sí da lugar al supuesto de hecho protegido por la prestación de IT, y se reconoce el derecho a tal prestación si bien desde el día en que comenzaron las complicaciones.

El TSJ País Vasco estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vitoria y reconoce a la trabajadora el derecho a la prestación de incapacidad temporal a cargo de la Mutua y del empresario.

RECURSO Nº: Recurso de suplicación 2373/2017

NIG PV 01.02.4-17/000944

NIG CGPJ 01059.34.4-2017/0000944

SENTENCIA Nº: 158/2018

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 23 de enero de 2018.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por las/el Iltmas/o. Sras/Sr. D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D^a. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistradas/o, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Candelaria contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de VITORIA- GASTEIZ de fecha 18 de septiembre de 2017 , dictada en proceso sobre OSS, y entablado por Candelaria frente a **EL CORTE INGLES S A, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA ASEPEYO y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** .

Es Ponente la Iltma. Sra. Magistrada D^a ELENA LUMBRERAS LACARRA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- Dña. Candelaria viene prestando servicios para la empresa EL CORTE INGLES S.A con una antigüedad de 14 de Diciembre de 1995 , categoría profesional de profesionales y un salario mensual bruto con inclusión de parte proporcional de pagas extras de 1.340,34 Euros.

La citada empresa tiene cubiertas la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con la Mutua ASEPEYO.

SEGUNDO.- A la relación laboral entre las partes les resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes publicado en el BOE de 22 de Abril de 2013

TERCERO.- La actora fue intervenida para la colocación de implantes dentales el día 5 de Diciembre de 2016.

Concretamente el día 5 de Diciembre de 2016 acudió a la clínica dental Julen Idirin para realizar cirugía oral con implantes. Después de extracciones de los incisivos inferiores y canino se colocaron los implantes y se le recomendó reposo para la correcta recuperación habiéndosele colocado una prótesis provisional inferior para que la paciente no estuviera sin dientes.

La actora se presentó a revisión una semana después con mucha inflamación en la zona intervenida, por lo que fue imposible colocar la prótesis inferior

CUARTO.- La actora fue atendida en su ambulatorio el día 7 de Diciembre de 2016 encontrándose en tratamiento con antibiótico y antiinflamatorio iniciando el día 5 de Diciembre de 2016 un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común que concluyó el día 3 de Enero de 2017.

QUINTO.- La Mutua ASEPEYO por acuerdo de 23 de Diciembre de 2016 denegó a la actora el derecho al percibo de la prestación económica de incapacidad temporal. "

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que DESESTIMO la demanda interpuesta por Dña Candelaria contra la empresa EL CORTE INGLÉS S.A, EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la MUTUA ASEPEYO y en consecuencia absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas en su"

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora D^a Candelaria recurre en suplicación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria que desestima su demanda en la que solicita se le reconozca el derecho al percibo de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de la contingencia de enfermedad común durante el período que permaneció en dicha situación desde el 5 de diciembre de 2016 hasta el día 3 de enero de 2017, con condena a la demandada Mutua ASEPEYO, INSS y TGSS al abono a la actora de la cantidad correspondiente en la medida de sus responsabilidades.

Basa su recurso en los motivos previstos en las letras b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

La Mutua ASEPEYO impugna el recurso solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Recurre la trabajadora, en primer lugar, con base en el motivo previsto en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en la sentencia de instancia.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989 , y construyendo el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

- a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b.-) Que el error sea evidente;
- c.-) Que los errores denunciados tengan transcendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;
- d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,
- e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente, pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, se solicita añadir un nuevo hecho probado según el cual la actora ya en el año 1997 acudió al servicio de urgencias por aparición hace 3 días de bulto bajo incisivos inferiores derechos y se recomendó tratamiento con Antalgín y control por cirugía maxilofacial, y que el día 190 de enero de dicho año fue atendida en el Servicio Maxilofacial del Hospital de Santiago en el que consta movilidad dentaria y se le prescribe medicación. No procede acceder a dicha revisión pues los hechos descritos se remontan a hace veinte años sin que se muestre relación con el proceso actual.

TERCERO. - El artículo 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 de la ley procesal laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación Jurídica, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

CUARTO. - Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la Ley procesal, impugna la trabajadora la Sentencia de instancia, alegando la infracción del apartado 1 del Anexo II del RD 1030/06 en relación con el artículo 2 del RD 625/2014 así como el epígrafe 9 Atención salud bucodental del Anexo II del RD 1030/06 .

Se discute en este procedimiento si procede el abono a la demandante de la prestación económica por la incapacidad temporal en que estuvo del día 5 de diciembre de 2016 al 3 de enero de 2017 debido a la cirugía con implantes dentales a la que se sometió.

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre , por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización recoge en su Anexo II artículo 1 que la atención sanitaria "comprende todas aquellas actividades asistenciales de atención individual, diagnósticas, terapéuticas y de seguimiento de procesos agudos o crónicos, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad que realizan los diferentes profesionales de atención primaria". Y en su artículo 9 regula la Atención a la salud bucodental excluyendo de la atención bucodental básica en su punto 5.5 "los implantes dentarios, excepto lo previsto en la división RP Implantes reparadores del apartado 6 del anexo VI" que no es el caso que afecta a la actora.

Por lo tanto la intervención a la que se sometió la actora no está incluida dentro de las prestaciones cubiertas por el sistema sanitario público.

Tampoco consta que dicha intervención haya sido indicada por el facultativo especialista responsable (apartados 2.9, 3.12 y 5).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012 (recurso 769/2011) analiza si cabe reconocer la prestación de IT a una trabajadora que se sometió a una operación de cirugía estética, indicando lo siguiente: "De lo anterior se desprende que la cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, no solo se encuentra excluida del sistema de la sanidad pública, sin recibir por lo tanto atención sanitaria de la Seguridad Social, sino que en principio tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo, por la sencilla razón de que no satisface el requisito constitutivo de derivarse de una contingencia de enfermedad, común o profesional, o de accidente.

Por consiguiente, al margen de situaciones especiales que en cada caso pudieran ser tomadas en consideración, como las que señala la sentencia recurrida (complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida; supuestos de incapacidad temporal originados por una operación estética de especial importancia en relación con la profesión del trabajador afectado etc.-podría pensarse también en supuestos en que fuera apreciable un componente físico o psíquico que actuase como condicionante de la decisión del beneficiario y que por ello pudiera excluir la mera voluntariedad de tal decisión-), lo cierto es que tal como se presenta el caso ahora examinado, en el que la incapacidad para el trabajo obedece a un mero proceso de reposo y de recuperación después de una intervención quirúrgica mínimamente agresiva, decidida por pura conveniencia personal de la persona afectada, sin la menor referencia a un proceso patológico debido a enfermedad o accidente o a una malformación congénita, no es posible reconocer el derecho a la prestación de incapacidad temporal".

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que la colocación de implantes dentales no está cubierta por el Sistema Nacional de Salud, consta probado que el día 7 de diciembre la actora presentaba inflamación y le fueron prescritos antibióticos y antiinflamatorios, recibiendo la baja de Osakidetza con efectos desde el día 5 de diciembre.

Y el hecho causante que atiende el subsidio por IT viene establecido en el artículo 169 de la LGSS , y comprende el estar impedido para el trabajo, así como la dispensa de asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social. En el caso de autos, la beneficiaria vendría a estar impedida para la relación de actividades laborales, tal y como lo demuestra la existencia del parte de baja, así como que recibió asistencia de la Seguridad Social.

Por lo tanto si bien en principio el supuesto que nos ocupa no daría lugar a la acción protectora del Sistema Nacional de la salud, dado que se trata de una complicación de la misma que da lugar al supuesto de hecho protegido por la prestación de incapacidad temporal, se le debe reconocer el derecho a tal prestación si bien desde el día 7 de diciembre, en que comenzaron las complicaciones, según el relato fáctico.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 173 de la LGSS la trabajadora tiene derecho al subsidio de incapacidad temporal que se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo, si bien desde el día cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, el subsidio estará a cargo del empresario.

Por todo lo expuesto procede la estimación del recurso de suplicación.

QUINTO.- No procede la imposición de costas

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por D^a Candelaria frente a la Sentencia de 18 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria, dictada en autos nº 227/2017 seguidos frente al INSS, TGSS, Mutua ASEPEYO y EL CORTE INGLÉS, revocando la sentencia de instancia y reconociendo a la trabajadora Sra. Candelaria el derecho a la prestación de incapacidad temporal desde el día 7 de diciembre de 2016 al día 3 de enero de 2017 ambos inclusive, que se abonará a partir del cuarto día de baja en el trabajo, si bien desde el día cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, el subsidio estará a cargo del empresario, siendo condenados los codemandados a su abono según sus respectivas responsabilidades, sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-2373/17.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2373/17.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente

mientras dure su tramitación.