

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Sentencia 2020/2016, de 4 de octubre de 2016

Sala de lo Social

Rec. n.º 2907/2015

SUMARIO:

Incapacidad temporal. Denegación de la prestación. Rotura de prótesis mamaria. Intervención en centro privado ante la negativa del sistema público de salud de proceder no únicamente a su retirada sino también a la reimplantación de otras nuevas. Aun cuando el subsidio de IT no debe percibirse cuando la situación de la trabajadora que ha ocasionado su baja procede de intervenciones de cirugía estética, sin constancia de enfermedad previa que la requiera, sí que se produce el devengo de dicho subsidio cuando la situación de IT deriva de intervenciones quirúrgicas realizadas para solventar complicaciones o riesgos para la salud derivados de la cirugía estética, como así sucede en el caso, pues no cabe duda que la retirada de las prótesis mamarias fue el tratamiento prescrito por la sanidad pública inicialmente. Ello es independiente al hecho de que, por su conveniencia, además de la retirada se la hayan implantado otras nuevas, pues la causa originaria no fue la reimplantación.

PRECEPTOS:

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), art. 169.1 a).

RD 1030/2006 (Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud), art. 5.º 4.

PONENTE:

Doña Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

Recursos de Suplicación - 002907/2015

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª. Teresa Pilar Blanco Pertegaz

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Ascensión Olmeda Fernández

Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Mª Isabel Saiz Areses

En València, a cuatro de octubre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 2020 DE 2016

En el Recursos de Suplicación - 002907/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2015, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 DE ELX, en los autos 000565/2014, seguidos sobre INCAPACIDAD TEMPORAL, a instancia de Adolfina, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA ASEPEYO, y en los que es recurrente MUTUA ASEPEYO, habiendo actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda formulada por DOÑA Adolfina, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y contra ASEPEYO, MATEPSS NUM.151, debo condenar y condeno a la demandada ASEPEYO, MATEPSS NUM.151 al

abono a la actora de la prestación correspondiente por el período de IT de 07/03/2014 a 15/04/2014, sobre la base reguladora de 41,744 euros, siendo incompatible con la percepción de salarios, y la responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia de la Mutua del INSS.- Sin costas.-"

Segundo.

Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- Doña Adolfinia, mayor de edad, con DNI NUM000 ha venido prestando sus servicios por cuenta de la FUNDACION SALUD Y COMUNIDAD-VALORIZA S.DEPEN entidad que tenia concertada la prestación de IT derivada de enfermedad común con la mutua Asepeyo.- SEGUNDO.- La actora inicio situación de IT en fecha 07/03/2014 con alta en 15/04/2014, y ello en virtud del diagnóstico intervención quirúrgica por rotura de prótesis mamaria, según consta en la propuesta de Alta de la Mutua.- TERCERO.- Solicita el abono de la prestación de IT a la mutua aseguradora esta denegó el mismo por resolución de fecha 23/04/2014 y formulada por la actora reclamación previa le fue desestimada en virtud de resolución de 06/05/2014. CUARTO.- Reclama la parte actora la prestación de IT derivada de enfermedad común del periodo de fecha 07/03/2014 a 15/04/2014.- QUINTO.- La actora procedió en un momento que no ha sido concretado a la implantación de prótesis mamarias, prótesis de las denominada PIP (Poly Implant Prothèse).- Por rotura de la prótesis izquierda, requirió en evitación de riesgos para la salud su retirada, en concreto, precisó la retirada de ambas prótesis y escisión de silicona, efectuando dicha operación el 07/03/2014, en el Hospital Imed de Elche, de la Sanidad Privada, siendo el diagnóstico encapsulamiento y rotura protésica, y esta la causa de la baja laboral de la trabajadora; en la misma operación se implantó nuevas prótesis. La demandante acudió inicialmente a la Sanidad pública, Hospital Vinalopó Salud, en el cual, tras las pruebas precisas, se diagnosticó rotura de prótesis mama izquierda, siliconomas mama izquierda, según informe de consultas externa del referido Hospital, Dr. Luis Manuel, con fecha de impresión 30/04/2014; en ese mismo informe consta que se le indica, como tratamiento y recomendaciones, la retirada de ambas prótesis y al informarle que el sistema público de salud no realiza la sustitución de prótesis, sino sólo la retirada de las mismas, es cuando la demandante decide realizar la operación en un centro privado para proceder a la sustitución en un único acto quirúrgico.-SEXTO.- La base reguladora asciende a 41,744 euros, y la prestación de IT sería incompatible con la percepción de salarios.-"

Tercero.

Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte MUTUA ASEPEYO siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

De dos motivos se compone el recurso de suplicación que entabla la representación letrada de la Mutua ASEPEYO frente a la sentencia del juzgado que estima la demanda y declara el derecho de la demandante a percibir el subsidio de incapacidad temporal durante el tiempo que estuvo en situación de baja médica derivada de intervención quirúrgica en la que se le retiraron unas prótesis mamarias y se le implantaron otras nuevas, por habersele diagnosticado en la Sanidad Pública rotura de prótesis de mama izquierda, siliconomas mama izquierda, habiéndosele recomendado como tratamiento la retirada de ambas prótesis.

El primero de los motivos se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), mientras que el segundo se fundamenta en el apartado c del indicado precepto, habiendo sido impugnado el recurso por la demandante, como se expuso en los antecedentes de hecho.

Segundo.

En el motivo destinado a la revisión fáctica se solicita por la defensa de la Mutua la adición al hecho probado quinto del siguiente tenor: "Se le realiza la retirada de las prótesis mamarias PIP, como tratamiento y

recomendaciones, sin que exista riesgo de Urgencia ni complicación alguna en el postoperatorio para la demandante, tal y como consta en los documentos 9 y 10 de la prueba documental de la Mutua Asepeyo."

La adición reseñada que se dice sustentar en la documental que se indica en la misma y en el documento 3 de la parte actora que es el informe de consultas externas del Hospital Vinalopó Salud, no puede ser acogida por cuanto que entraña valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y predeterminantes del fallo, así las referencias a que no existe riesgo de Urgencia ni complicación alguna, figurando ya en el hecho controvertido la mención al informe emitido por las consultas externas de la Sanidad Pública que permite a esta Sala su examen íntegro.

Tercero.

En el motivo destinado a la censura jurídica se imputa a la sentencia del juzgado la infracción del art. 128 de la LGSS, así como de la jurisprudencia contenida en la STS de 21-2-2012 que transcribe parcialmente; tras lo cual concluye que si la sanidad pública no asumió las intervenciones de la demandante porque no existía riesgo ni urgencia, constatándose tan solo una recomendación de retirada de las prótesis, no existiendo relación alguna, tal y como indica la Agencia Española del medicamento, entre dichas prótesis y cáncer o enfermedades del tejido conjuntivo, tampoco debe asumir la Mutua Asepeyo los costes económicos derivados de la situación de incapacidad temporal de la actora, subsiguiente a su intervención quirúrgica para la retirada de las prótesis mamarias.

Tampoco este motivo puede prosperar porque, como recoge la sentencia de instancia, esta Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en la sentencia, entre otras, de 03 de marzo de 2015, Recurso: 1963/2014 en la que se dice que si bien esta Sala (Sentencia núm 873/2011 de 15 de marzo -rec 2780/2010 - en la que en ella se refiere) ha mantenido que el subsidio de IT no debe percibirse cuando la situación de la trabajadora que haya ocasionado su baja en el trabajo, no sea debida a enfermedad común, profesional o accidente, como es el supuesto de intervenciones de cirugía estética, refiriéndonos concretamente a la implantación de prótesis mamarias, sin constancia de enfermedad previa que requiera precisa la intervención, cuya finalidad es meramente estética, sí que produce el devengo de dicho subsidio cuando la situación de incapacidad temporal deriva de intervenciones quirúrgicas realizadas para solventar complicaciones o riesgos para la salud derivados de la cirugía estética. Así en la indicada sentencia se recoge que "La STS que alega el recurso de 21 de febrero de 2011 (rec. 769/2011), viene a confirmar el criterio de la Sala razonando 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." Pero deja a salvo situaciones especiales que en cada caso pudieran ser tomadas en consideración, tales como complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida, supuesto que el Magistrado "a quo" entiende que concurre en este caso, ya que expresamente hace alusión a la STS mencionada, y razona que "...siendo la intervención de la actora por causa que genera la situación IT para una intervención quirúrgica con la finalidad de retirar unas prótesis mamarias por deterioro y en evitación de riesgos para la salud, tal supuesto cabe incardinarlo en situación de complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida, bastando para ello ser conocedor de las alertas sanitarias sobre la cuestión dadas por la propia administración competente. De este modo el periodo de IT derivado de tal operación debe incardinarse como situación que guarda relación con enfermedad, accidente o malformación congénita, y ello con independencia de que la actora haya sido atendida en entidad privada donde además de la retirada se han implantado otras prótesis por su propia conveniencia, siendo la causa de tal actuación no la reimplantación sino la retirada de las prótesis de riesgo."

La aplicación de la referida doctrina al presente caso por parte de la sentencia recurrida determina la desestimación del recurso ya que acreditado el riesgo para la salud, aunque este derive de una intervención quirúrgica a la que se ha sometido la beneficiaria por puras razones estéticas y de forma voluntaria, se está en un supuesto que genera el subsidio reclamado, sin que obste a dicha conclusión que no existiera un peligro inminente para la salud o la integridad física de la demandante pues, no cabe duda que la retirada de las prótesis mamarias fue el tratamiento prescrito a la misma por la sanidad pública y no una opción por la cirugía estética decidida por la actora.

Cuarto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LJS, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 LJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la MUTUA ASEPEYO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Elche de fecha 9 de junio de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª Adolfina contra la recurrente y contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación o, en su caso, al aval el destino previsto legalmente.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 600 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiéndose que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600' 00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander, cuenta 4545 0000 35 2907 15. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave 66 en lugar de la clave 35. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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.

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

PUBLICACIÓN.- En València, a cuatro de octubre de dos mil dieciséis.

En el día señalado ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.