

Resumen

El TSJ desestima el rec. de suplicación formulado por la beneficiaria demandante contra sentencia que rechazó su pretensión sobre prestaciones de IT. Manifiesta la Sala que la cirugía puramente estética, que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, se encuentra excluida del sistema de la sanidad pública, y no recibe atención sanitaria de éste, con lo que no puede configurar la situación de IT, para lo que es requisito esencial que el trabajador afectado se encuentre recibiendo asistencia sanitaria de esa naturaleza, y aunque distinta sería la situación en el supuesto de que la intervención de cirugía estética pudiese haber presentado complicaciones o derivaciones que hicieren necesaria la asistencia sanitaria pública, no es éste el caso de autos, en el que no consta que la trabajadora padeciere ninguna complicación.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 16/2003 de 28 mayo 2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

art.2 , art.20

RD 1993/1995 de 7 diciembre 1995. Rgto. Colaboración Mutuas Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales S.S.

art.73 , art.79 , art.80

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

art.128 , art.131.bis1 , art.132

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.43

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

SEGURIDAD SOCIAL

ASISTENCIA SANITARIA

- Alcance
- Prestaciones excluidas

INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO

- Incapacidad temporal: ILT
- Beneficiarios
- Dolencias y lesiones en particular
- Otras

GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Entidades gestoras de la Seguridad Social
- Revisión de sus propios actos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: INSS,Mutua Patronal; Desfavorable a: Beneficiario de prestación

Procedimiento:Suplicación; seguridad social

Legislación

Aplica art.2, art.20 de Ley 16/2003 de 28 mayo 2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

Aplica art.73, art.79, art.80 de RD 1993/1995 de 7 diciembre 1995. Rgto. Colaboración Mutuas Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales S.S.

Aplica art.128, art.131.bis1, art.132 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Aplica art.43 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita Ley 16/2003 de 28 mayo 2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

Cita art.1.4, art.2, art.4 de RD 575/1997 de 18 abril 1997. Gestión y Control de Prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal

Cita RD 1993/1995 de 7 diciembre 1995. Rgto. Colaboración Mutuas Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales S.S.
Cita art.145, art.191.c de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral
Cita RD 63/1995 de 20 enero 1995. Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud
Cita RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
Cita art.62, art.102 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Cita Ley 8/1988 de 7 abril 1988. Infracciones y Sanciones en el Orden Social
Cita Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad
Cita art.134.2, art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita D 2065/1974 de 30 mayo 1974. TR Ley General de la Seguridad Social
Cita art.11 de D 2766/1967 de 16 noviembre 1967. Asistencia Sanitaria y Ordenación de los Servicios Médicos de la Seguridad Social

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - ASISTENCIA SANITARIA - Prestaciones excluidas STSJ Cataluña Sala de lo Social de 1 abril 2010 (J2010/140863)
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - ASISTENCIA SANITARIA - Prestaciones excluidas STSJ País Vasco Sala de lo Social de 18 diciembre 2007 (J2007/340839)
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - ASISTENCIA SANITARIA - Prestaciones excluidas STS Sala 4ª de 29 mayo 2007 (J2007/58079)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 5 octubre 2006 (J2006/288906)
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - ASISTENCIA SANITARIA - Prestaciones excluidas STS Sala 4ª de 20 octubre 2003 (J2003/187309)
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - ASISTENCIA SANITARIA - Prestaciones excluidas STS Sala 4ª de 16 febrero 1988 (J1988/1286)
Cita en el mismo sentido sobre SEGURIDAD SOCIAL - ASISTENCIA SANITARIA - Prestaciones excluidas STS Sala 4ª de 4 junio 1986 (J1986/3822)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D/Dª Marisa presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERGAS, MUTUA MIDAT CYCLOPS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 164 /2010, de fecha nueve de marzo de dos mil diez

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:
PRIMERO.- La demandante Doña Marisa, con la categoría profesional de jardinera, obtuvo parte de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes emitido por facultativo del SERGAS, con fecha de 26 de mayo de 2009, por el diagnóstico de cirugía mamaria, siendo alta por mejoría el 14 de agosto de 2009./.- SEGUNDO.- La MUTUA MC MUTUAL remitió resolución a la trabajadora el 22 de septiembre denegando las prestaciones porque la misma se debe a una intervención estética que no guarda relación con accidente de trabajo, enfermedad malformación genética./TERCERO.- Ha sido agotada la vía administrativa previa

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Fallo.-Que desestimando íntegramente la demanda presentada Doña Marisa, debo absolver y absuelvo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a la Mutua MC MUTUAL Y SERGAS, de todos los pedimentos formulados en su contra.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Marisa formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 20-5-2010.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 31-1-2011 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso la representación procesal de la demandante contra la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión deducida en la demanda, y por la vía del párrafo c) del art. 191 de la LPL EDL 1995/13689 se formula en el primer motivo de recurso, que denuncia infracción de los arts. 128 de la LGSS EDL 1994/16443 , 145 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , art 102 y 62 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Publicas y del procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271, en cuanto que considera que la Mutua demandada no está facultada para dejar de abonar la prestación de incapacidad temporal durante el periodo en que permaneció en la misma de 26 de mayo de 2009 a agosto de 2009, y que el acuerdo recibido en

fecha 22/09/09, por el que se le deniega el derecho a la prestación, de incapacidad temporal en nulo o anulable de pleno derecho tanto por cuestiones de forma como de fondo.

Y así considera el recurrente que el derecho a la prestación económica se reconoce en el momento inicial en el que comienza a devengarse, por lo que no cabe denegar el derecho a una prestación que previamente ha sido reconocida y abonada. Y que se trata de un supuesto de revisión de un acto declarativo, por lo que, en aplicación del artículo 145.1 de la LPL EDL 1995/13689, debe ser la propia Mutua quien debe formalizar una demanda ante la Jurisdicción Social, para hacer valer sus derechos. Y además y en todo caso, al tratarse de una revocación de un acto que afecta a derechos de la recurrente, tendría que dársele a la trabajadora un plazo de alegaciones e informarle de la posibilidad de formalizar una reclamación previa contra el acuerdo de la Mutua (sin que en la "carta" remitida se señale nada sobre posibles recursos que se puedan formalizar contra la misma, ni se cite la normativa que regula el procedimiento que se está realizando) no citan ningún artículo, reglamento o texto legal que sea aplicable en la tramitación del expediente. Solicitando el consecuencia que en atención a los defectos formales cometidos por la Mutua se declare la nulidad de la resolución de fecha 14/09/09.

La solución que debe dársele a la cuestión jurídica planteada en este primer motivo de recurso, es la misma que ha sido dada por el juzgador de instancia, en cuanto que debe tenerse en cuenta lo resuelto en el art.80 del RD. 1993/95 de 7 de diciembre EDL 1995/16574, (artículo que cita, y en el cual se basa la resolución de la mutua para denegar la prestación) en cuanto que conviene tener presente la doctrina unificadora que se contiene en Sentencia Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Oct. 2006, rec. 2966/2005 EDJ 2006/288906, LA LEY 119710/2006. Y en la que se expone respecto de la cuestión controvertida que:

TERCERO.- 1.- Sobre el primer extremo ha de destacarse que a las Mutuas les viene atribuida la actividad de gestión, puesto que el art. 4. del RD 575/1997 EDL 1997/23007 (18 /Abril) les confiere el ejercicio del «control y seguimiento de la prestación económica de incapacidad temporal objeto de cobertura, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio». Con lo que se reitera lo que ya establecía el art. 73.1 RD 1993/1995 EDL 1995/16574 (7 /Diciembre) para los trabajadores por cuenta ajena («ejercerán, a través de los servicios médicos de que dispongan, el seguimiento y control de las prestaciones..., pudiendo instar la actuación de la Inspección Médica de la Seguridad Social, en los mismos términos que se reconoce a las empresas») y el art. 79.1 para los trabajadores del RETA («ejercerán, a través de los servicios médicos correspondientes, el seguimiento y control de las prestaciones otorgadas, pudiendo instar la actuación de la Inspección Médica de la Seguridad Social en los mismos términos que, respecto a los trabajadores por cuenta ajena, se reconoce a las empresas»).

2.- Para la inteligencia de lo que normativamente integra «gestión», ha de acudirse al art. 2 RD 575/1997 EDL 1997/23007 (18/Abril), que añade al RD 1993/1995 EDL 1995/16574 un Capítulo V, en cuyo texto (art. 80) se dispone -con indudable fuerza argumental- que la «gestión» de la IT «comprende (...) las funciones de denegación, suspensión, anulación o extinción del derecho»; y que los «actos por los que (...) se deniegue, suspenda, restrinja, anule o extinga el derecho, serán motivados y se formalizarán por escrito, quedando supeditada la eficacia de los mismos a su notificación a los beneficiarios ». Pero insistiendo la norma -con reiteración de las previsiones contenidas en los arts. 73.1 y 79.1 RD 1993/1995 EDL 1995/16574, ya citados- en que las «Mutuas podrán instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en los términos que se reconoce a las empresas».

3.- Más en concreto, respecto de las altas médicas, el art. 1.4 del RD 575/97 EDL 1997/23007 (18 /Abril) establece que los «partes de alta médica se extenderán, tras el reconocimiento del trabajador, por el correspondiente facultativo del Servicio Público de Salud (...) Asimismo (...) podrán también ser extendidos por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social». Atribución que se complementa con la salvedad que se hace en el art. 5 del propio RD, indicando que ello se entiende sin perjuicio de que las EEGG o la MATEP, cuando «consideren que el trabajador, puede no estar impedido para el trabajo, podrán formular, a través de los médicos adscritos a unas u otras, propuestas motivadas de alta médica ».

4.- Pero sobre esta misma materia de altas médicas, el art. 44 del RD-Ley 6/2000 (23 /Junio) dispuso posteriormente que «a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas», lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 131 bis LGSS EDL 1994/16443, «sobre expedición de altas médicas» en los procesos de IT por los Médicos adscritos al INSS, «se entenderá referido a los Médicos de las Mutuas (...) en los términos que reglamentariamente se establezcan». Aunque ha de destacarse que a la fecha no se ha producido el indicado desarrollo reglamentario.

Y continua razonando la referida Sentencia del Tribunal Supremo:

".....CUARTO.- 1.- Sobre el segundo punto a tratar normativamente, el relativo la suspensión o extinción del derecho al subsidio, las disposiciones básicas en la materia son dos :

a).- El art. 131 bis.1 LGSS EDL 1994/16443, conforme al cual (tras la reforma operada por el art. 34 de la Ley 24/2001, de 27 /Diciembre), el derecho al subsidio «se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido (...); por ser dado de alta médica el trabajador (...); por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos (...); o por fallecimiento». Y

b).- El art. 132 LGSS EDL 1994/16443, en el que se declara que el derecho a la prestación económica de IT «podrá ser denegado, anulado o suspendido» cuando el beneficiario: «haya actuado fraudulentamente», «trabaje por cuenta propia o ajena » o «sin causa razonable, (...) rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado». Nuevamente se reproduce -con elusión a la «imprudencia temeraria del beneficiario»- la previsión del art. 11 de la OILT.

2.- A destacar que tales normas son previsiones actualizadas de las contenidas en la OM 13/10/67, pues el art. 131 bis.1 LGSS EDL 1994/16443 reitera literalmente -excepto las novedosas referencia a la jubilación y a la incomparecencia a reconocimiento- las previsiones del art. 10.1 OM 13/10/67; y el art. 132 guarda sustancial identidad con el art. 11.1.2 OILT, que preceptúa: «La denegación,

anulación o suspensión del derecho al subsidio (...) se llevará a cabo por (...) la Mutua Patronal (...) a la que corresponda el reconocimiento del derecho».

Precisando, tras el estudio pormenorizado de la normativa aplicable, que:

1.- De las anteriores precisiones normativas se obtiene -prima facie- una primera conclusión, cual es la de que los arts. 131 bis y 132 LGSS EDL 1994/16443 regulan supuestos incardinables en diversa categoría jurídica, al ser en principio diferenciables:

a) los supuestos de «extinción» del derecho al subsidio (art. 131 bis.1 LGSS EDL 1994/16443), que guardan íntima relación con las vicisitudes del hecho causante; y

b) los de « pérdida o suspensión » del derecho (art. 132 LGSS EDL 1994/16443), que ostentan básicamente (hay excepciones, como luego veremos) carácter sancionador.

Y matizando a su vez que en el supuesto de:

c) Fraude en la conservación del subsidio..E idéntica conclusión se impone cuando de lo que trata es de la existencia de fraude para mantener la cualidad de beneficiario (subsidio ya reconocido), caso en el que es también inequívoca la relación con los presupuestos a los que se subordina la propia contingencia, por lo que su pérdida más se aproxima a la extinción (por haber dejado de concurrir los requisitos) que a una sanción propiamente dicha.

Concluyendo que:

1.-Sobre esta plataforma normativa concluimos que la capacidad de «gestión» de la Mutua -se trata de contingencias comunes- alcanza, en primer lugar, a todos los supuestos contemplados en el art. 131 bis LGSS. EDL 1994/16443 Esto es, los que corresponden a la dinámica «ordinaria» de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos (transcurso del tiempo; fallecimiento) y por lícitos actos jurídicos del beneficiario (acceso a la pensión de jubilación); supuestos a los que añadir -porque así lo dispuso el legislador, en norma cuya vigencia frente a la LISOS EDL 1988/11436 es incuestionable, por razones de temporalidad y rango- la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva.

.....1.Así pues resumimos, de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contemplan en los arts. 131 bis y 132 LGSS EDL 1994/16443 , únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medidas que únicamente puede adoptar la EG (art. 48.4 LISOS EDL 1988/11436 (, 2136)), que ha de ejercitarla en el oportuno procedimiento sancionador (arts. 51 y siguientes LISOS EDL 1988/11436).

Como tampoco se extiende la competencia de la Mutua a decidir la causa extintiva cuya apreciación comporta valorar clínicamente la situación existente (alta médica), y que en la actualidad está atribuida a los facultativos del Servicio Público de Salud (art. 1.4 RD 575/97 EDL 1997/23007 ()), al no haber tenido desarrollo reglamentario la previsión de atribuírsele también a las Mutuas de Accidente (art. 44 del RD-Ley 6/2000 ()).

E consecuencia y conforme a lo expuesto no se aprecia la infracción jurídica que se denuncia en el primer motivo de suplicación.

SEGUNDO.-.- En el segundo motivo alega infracción del art 128 de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 para sostener que la trabajadora tiene derecho a percibir el subsidio económico de incapacidad temporal, porque estaba incapacitada para el trabajo y recibía tratamiento medico curativo.

Y tal planteamiento merece ser rechazado, pues la cuestión ha ssido resuelta por el Tribunal Supremo en sentido contrario al alegado por la recurrente. Tal criterio jurisprudencial se establece en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 EDJ 2007/58079 , para justificar la exclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas del catálogo de asistencia sanitaria cubierto por la sanidad pública.

Como se razona en la misma, "la sentencia de 4 de junio de 1986 EDJ 1986/3822 , cuya doctrina reitera la de 16 de febrero de 1988 EDJ 1988/1286 , señala que la Seguridad Social, como cualquier entidad de análoga naturaleza, tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como la necesaria estabilidad financiera del sistema. Ello supone el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, aunque por su especial naturaleza estos no se precisan por la norma como ocurre en materia referente a prestaciones dinerarias...b) El problema de la asistencia debida es una cuestión médica, que jurídicamente solo obliga a determinar si de hecho era exigida por el enfermo como tal, esa asistencia que la ciencia médica aconseja y si ésta fue o no prestada por la entidad obligada a ello. Pero junto a esta valoración, que parte del enfermo individualmente considerado y prescinde del marco concreto de lugar y medios en que se encuentre, cabe y es necesario contemplar una dirección inversa, partir y hacer pie en el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, y no indeterminado, es decir los meramente existentes para la ciencia médica y con arreglo a ellos medir la asistencia que el enfermo requiere. Este punto de vista es primordialmente social y como cuestión jurídica plantea la determinación de qué medios son los exigibles a la Entidad Gestora para que estén a disposición del beneficiario. c) La tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra ya en la Constitución pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos. d) Esta misma tensión entre uno y otro término se encuentra en la normativa de la Seguridad Social; así el art. 98 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1994, fija como objeto de la asistencia sanitaria los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud, sin precisar el ámbito de los mismos, mientras que el artículo 11 de Decreto 2766/67 de 16 de noviembre EDL 1967/1963 circunscribe las técnicas terapéuticas y diagnósticas "a todas las que se consideren precisas por los facultativos asistentes" y el propio art. 18 del mismo Decreto al referirse a

la denegación injustificada de la prestación debida al enfermo, deja abierta la posibilidad de que aún siendo debida a un enfermo una asistencia médica, su negativa sin embargo está justificada, es decir no está obligada la Seguridad Social a prestarla...."

Esta doctrina aparece reiterada en las sentencias de 20 de octubre de 2003 EDJ 2003/187309 y 20 de marzo de 2004 (recurso 1737/03), recogiendo esta última que "la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuanto lo solicite".

TERCERO.-.- Expuesta la anterior doctrina jurisprudencial, es necesario indicar que como recoge la Exposición de Motivos del Real Decreto 63/95, de 20 de enero EDL 1995/12703 , que esta norma se dicta dentro del marco normativo definido por los preceptos constitucionales y legales aplicables y, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9.2, 31.2, 41, 43, 49, 50, 51 y en los apartados 1, 16 y 17 del artículo 149.1 de la Constitución EDL 1978/3879 que ordena y sistematiza las atenciones y prestaciones sanitarias directas y personales del Sistema Nacional de Salud, partiendo de los niveles alcanzados por los diferentes regímenes públicos de protección sanitaria, pero acomodándolos a los principios básicos establecidos en la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 , como prevé su disposición final decimocuarta. Entre tales principios, que desarrollan y concretan los formulados de modo más abstracto y general en los preceptos constitucionales se alude a que: "La homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público que, en cuanto son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, han de ajustarse necesariamente a la asignación de recursos financieros, conforme a lo dispuesto en el artículo 134.2 de la Constitución EDL 1978/3879 , en el artículo 81 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 y en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año".

Precisamente el Reglamento teniendo en cuenta entre otros principios, que las atenciones y prestaciones del sistema sanitario son financiados con cargo a la Seguridad Social han de ajustarse a la asignación de recursos financieros; en base a ello, establece en el Anexo III como "Prestaciones que no son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria: 1. La expedición de informes o certificados sobre el estado de salud distintos de los previstos en el Anexo I. 2. Los reconocimientos y exámenes o las pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros. 3. La cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita. 4. Los tratamientos en balnearios y las curas de reposo. 5. La cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos. 6. El psicoanálisis y la hipnosis".

Precepto éste que dada la claridad de su redacción, no ofrece dudas interpretativas en cuanto a que es aplicable al supuesto de autos y, llegar a la conclusión que recoge la sentencia combatida implica no interpretación progresiva y amplia, sino que se está modificando o dejando sin efecto lo que en el Reglamento se establece.

Por otra parte, dicha norma reglamentaria en ningún momento supone quebranto del mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución EDL 1978/3879 (en relación con los artículos 14, 41 y 139 del mismo Texto, que proclama el derecho a la protección de la salud y de las prestaciones que a él corresponden; ni es opuesto al espíritu informador de los artículos, 1 del Real Decreto antes citado, que dispone que el Sistema Nacional de Salud facilitará la atención y asistencia sanitaria conforme a lo establecido en la Ley 14/1986, de 25 de abril EDL 1986/10228 y, 1, 3.2 y 10.1 de esta Ley

En este sentido la posterior Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud EDL 2003/9794 , si bien establece que la prestación de servicios sanitarios habrá de llevarse a cabo en condiciones de igualdad, efectividad y calidad con un sentido de aseguramiento integral, universal y público en el que se observe el principio de igualdad de oportunidades -artículo 2º a), b), d) y f) -, sin embargo, a lo largo de su articulado, va precisando los términos de la prestación de ese servicio sanitario y así, en su artículo 7º.1 señala que "El catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de la Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención... el catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a la Salud pública, atención primaria, atención especializada, atención socio sanitaria, atención de urgencias...", añadiendo en el artículo 20 que "1.- La cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante las que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. 2.- En el seno del Consejo Interterritorial se acordará la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones al que se refiere el artículo 7 de esta Ley, que se aprobará mediante Real Decreto.

Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrá aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de servicios del Sistema Nacional de la Salud. En la elaboración de las carteras de servicios se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo". Por su parte el artículo 10.2, dispone que la suficiencia para la financiación de las prestaciones y de las garantías establecidas en la Ley viene determinada por los recursos asignados a las Comunidades Autónomas, añadiendo en el número 3 que "De acuerdo con el apartado anterior, la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se acompañará de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer". Lo que viene a evidenciar que por, elementales razones de índole económica y de efectividad terapéutica en cada momento solo se podrá facilitar las prestaciones médicas que se hallen previamente catalogadas. Tampoco cabe olvidar que a tenor de los antiguos artículos 98, 101, 103 y 104 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo EDL 1974/1308 también resulta evidente que la asistencia sanitaria, farmacéutica habrá de dispensarse, con la extensión, duración y condiciones "que reglamentariamente se determinen" en el marco de las posibilidades técnicas y financieras que, en cada momento, tenga la Seguridad Social.

CUARTO.-.- De lo que se desprende que la cirugía puramente estética, que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, se encuentra excluida del sistema de la sanidad pública, y no se recibe por lo tanto atención sanitaria de la seguridad

social, con lo que no puede configurar la situación de incapacidad temporal que define el art. 128.1º de la LGSS EDL 1994/16443 , para lo que es requisito esencial que el trabajador afectado se encuentre recibiendo asistencia sanitaria de esa naturaleza.

Distinta sería la situación en el supuesto de que la intervención de cirugía estética pudiese haber presentado complicaciones o derivaciones que hicieran necesaria la asistencia sanitaria pública, aunque fuese como consecuencia de un empeoramiento de la salud del trabajador derivado de los efectos secundarios de dicha intervención.

Pero no es este el caso de autos, en el que no consta que la trabajadora padeciere ninguna complicación tras su intervención de cirugía estética, ni sufriera ninguna posterior agravación o patología secundaria derivada de la misma que hiciese necesaria la asistencia sanitaria pública y que a su vez originase una situación de incapacidad temporal para el trabajo.

En el presente supuesto no hay ninguna agravación del estado físico de la trabajadora como consecuencia de la intervención de estética, sino tan solo la simple y pura convalecencia posterior que una operación de esta naturaleza requiere. Y si la sanidad pública no ha de asumir este tipo de intervenciones, no debe tampoco soportar los costes económicos que la misma genera como consecuencia del proceso de recuperación indisolublemente asociado a la misma, que puede sin duda dar lugar a situaciones de incapacidad temporal en función del tipo de intervención estética de que se trate y de la profesión del trabajador afectado, pero no así a la percepción del subsidio económico.

No es exigible al trabajador que preste servicios laborales si necesita recuperarse de una operación de cirugía estética, pero tampoco puede exigirse a la seguridad social que asuma los costes económicos derivados de esa misma situación, cuando no hay ninguna complicación o agravación de su estado físico, distinta y diferente a la pura y simple recuperación de la intervención médica.

Esa convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar la baja médica, en la medida en que la trabajadora se encuentra imposibilitada de reincorporarse a su puesto de trabajo hasta que no transcurran unos días desde la operación, pero no se genera con ello el derecho a percibir el subsidio económico de incapacidad temporal, cuando no hay ninguna otra enfermedad o dolencia interconcurrente distinta al mero proceso de reposo y recuperación que exige cualquier intervención quirúrgica mínimamente agresiva.

No desconoce esta sala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País vasco de 18 de diciembre de 2007 EDJ 2007/340839 , que se ha citado en el recurso, pero también lo hace a favor de nuestra tesis la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2005, que cita la Sentencia de Instancia. Y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Social sección 1, del 01 de abril del 2010 (ROJ: STSJ CAT 4306/2010) Recurso: 440/2009 EDJ 2010/140863 . | Y al haberlo apreciado así el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado y, en definitiva, desestimatorio de la pretensión deducida en la demanda.

En consecuencia,

FALLO

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la demandante, contra la sentencia de fecha 09/03/10, dictada por el Juzgado de lo Social num. 2 de Vigo, en autos 1205/09, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL

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. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá consignar la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Sala abierta en BANESTO con el num. 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030340012011100465