

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

**FICHA TÉCNICA****Legislación**

Cita RD 1030/2006 de 15 septiembre 2006. Se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización

Cita art.218, art.304, art.317, art.318, art.319, art.320, art.321, art.322, art.323 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.91.2, art.97.2, art.191.a, art.191.b, art.191.c de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.128.1 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita art.248 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Versión de texto vigente null

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha trece de abril de dos mil diez, dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Que debo estimar y estimo la demanda deducida declarando cual se solicitara el derecho de la actora a que se le abone el citado subsidio respecto del periodo 23/ 10 del 2008 a 24 del 11 del mismo año,condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración. "

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "La demandada que venia prestando servicios por cuenta de primera de las demandadas a virtud de contrato de trabajo indefinido tiempo completo, 40 horas semanales, de lunes a sábado, antigüedad de fecha 12 del 2 del 2008, con la categoría profesional de dependiente de mas de 23 años fue dada de baja por su medico de cabecera,parte de 23 del 10 del 2008, por ILT contingencia común, como consecuencia de haber sido sometida a mastoterapia con prótesis bajo anestesia general, partes médicos de confirmación semanales hasta el 24 de noviembre del 2004,se le denegó solicitud de pago delegado de su subsidio por la entidad colaboradora con la que aquella tenia concertado el riesgo,por entender tales periodos de convalecencia no financiables por el sistema, formulando la oportuna reclamación previa desestimada por silencio advo. QUINTO Que tal convicción fáctica se alcanza en virtud de A) El juego conjunto de las normas sobre valoración de la prueba en el proceso civil: 1)En particular y en relación con el interrogatorio de la demandada solicitado en la demanda y acordado con las prevenciones correspondientes a la llamada ficta confesión y frustrado por incomparecencia de la demandada, artículos 91.2 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 en relación con el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 :.Certeza de hechos perjudiciales y personales reconocidos por quien absuelva posiciones, in iure confessi pro idiucatis habentur,si el resultado de tal admisión no aparece desvirtuado pro otros medios de convicción total o parcialmente, caso este ultimo, en que el juzgador habrá de remitirse a las reglas de la sana critica en la misma línea a seguir en hipótesis de hechos favorables o no personales, o de aquellos sobre los que haya declaración discrepante de coltigante del interrogado,en el bien entendido de que la ficta confesión, por negativa a responder o incomparecencia, tiene carácter discrecional una vez se haya hecho la oportuna prevención a tal fin,en los términos del control de lo actos discrecionales desde la perspectiva de la finalidad que siempre debe presidir la declaración de pertinencia de tal medio de prueba y de los hechos a probar en el marco de los principios generales del derecho y de la prohibición constitucional de la arbitrariedad 2) En lo referente a la documental publica y privada de actora y demandada incluida la de esta recabada y no aportada lo que la que la reconduce al ámbito de la ficta confessio en relación con su contenido En cuanto a la documental pública en los términos de los arts 317 a 323 de la LEC EDL 2000/77463, hará prueba plena frente a otorgantes, autores y sus causahabientes y terceros del hecho, estado de cosas o acto que documenten, de la fecha de su producción y de la identidad de fedatarios y demás personas que en ella intervengan con el matiz de que cuando de documentos advos. se trate no comprendidos en los párrafos 5 y 6 del art. 317 mencionado, habrá de estarse a la fuerza de convicción que les otorguen las leyes que tal carácter reconozcan, teniéndose subsidiariamente por ciertos de no existir precepto expreso que lo haga,salvo prueba en contrario, todo lo cual asimismo será de predicar respecto de los privados frente a los mismos intervinientes, cuando no fueren impugnados por aquietamiento expreso o tácito de contrario, con la diferencia muy decisiva de que no harán fe frente a terceros salvo en lo referente a su fecha, mientras no se demuestre su falacia o ausencia de verosimilitud. 3) En lo referente a la testifical pericial practicada : Con la singularidad de que en el ámbito del derecho procesal laboral se pueda en el marco de uno de sus recursos extraordinarios el de suplicación volverse `por el tribunal ad quem a valorar pericial de practica en la instancia su ratio legis de la no es otra que la llamada al proceso de persona que facilite al juez la percepción y apreciación de hechos concretos e información sobre máximas de validez general, cuyo conocimiento aquél no posee o puede no poseer, con arreglo a los cuales pueda formarse la convicción requerida, a tenor de los principios de su ciencia, arte o practica. A tal propósito y con la salvedad meritada, la prueba de peritos es de libre apreciación, principios de la sana crítica, lo que le puede llevar al juzgador a concluir

de manera diversa a como lo hubiesen hecho los peritos, lo que no entraña contradicción, ya que el juez lo hará de forma indirecta, al ponderar la autoridad científica del perito, la aceptabilidad y coherencia lógica del informe conforme al conocimiento común de los métodos aplicados por aquel pues - el juez es perito de peritos- en el bien entendido de que, cuanto mas técnicas sean las cuestiones dictaminadas, menos posibilidades tendrá de moverse en tales parámetros y de que tal discrepancia recabara motivación exquisita 4) En lo referente a la testifical practicada apreciación libre no tasada en contexto de racionalidad y enjuiciamiento inductivo o deductivo no arbitrario en función de la sugestionabilidad y capacidad de fabulación del testigo y de su mayor o menor sometimiento a los designios de su promovente no olvidando que en el procedimiento laboral no son posibles incidentes en orden a su tacha sin perjuicio de las observaciones que en función de lo expresado puedan formular los litigantes en conclusiones B) Las normas acerca de su carga, hechos constitutivos a cargo del actor e impositivos, extintivos y excluyentes a cargo de la demandada, con la matización introducida por' la nueva ley de ritos de que para la aplicación de tales imperativos deberá tenerse presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en el litigio, y todo ello sobre el dato muy determinante de que en el ordenamiento laboral contrato de trabajo y seguridad social por mor del principio in dubio pro operario, existen reglas que en contexto de presunciones iuris tantum o de iure invierten la dirección de aquella carga de la prueba o excluyen su necesidad, como cabal remedio a su orfandad, presunción de laboralidad de toda relación de servicios retribuida (principio de libertad de forma) presunción de su carácter indefinido (ausencia de denuncia extintiva en contratos temporales o de forma escrita o de alta en la SS), presunción del carácter salarial de toda percepción del trabajador y de incidencia discriminatoria en despidos y vicisitudes de aquella relación. por indicios de la misma y con origen en sexo, raza religión etc, o de necesidad de licencias excedencias o reducciones de jornada y concreción novatoria de horarios por motivos de guarda y custodia, lactancia o conciliación de vida profesional y familiar C) El balance final de las pruebas practicadas incluida la pericial testifical, de las que se colige sin reserva lo señalado en la resultancia fáctica de esta resolución pese a lo significado pro la demandada que en absoluto puede desmontar la tesis adversa en el contexto expresado "

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte codemandada Mutua Fremap, habiéndose impugnado por la parte demandante. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada de la Mutua condenada al abono de la prestación de Incapacidad Temporal discutida que abarca el periodo comprendido entre el 23 de octubre a 24 de noviembre de 2008.

El recurso se estructura en cinco motivos numerados los dos últimos como cuarto. Razones de método aconsejan comenzar por estudiar el cuarto motivo de recurso al formularse con amparo procesal en el apartado a) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , ya que de prosperar haría innecesario el estudio de los demás motivos que solicitan la modificación de hechos y el examen del derecho aplicado en la sentencia.

Pues bien alegando la infracción de los arts 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , en relación con el art. 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , sostiene el recurso que la sentencia adolece de graves defectos de forma que deben conducir a su anulación, conteniendo un relato insuficiente de hechos, omitiéndose toda referencia a los datos económicos de la prestación e imputando a la sentencia falta de motivación fáctica y alusión a medios de prueba no practicados, alegando indefensión, y condicionamiento a la hora de construir el recurso.

Para que la nulidad de las actuaciones pueda ser acordada es necesario que concurren los siguientes requisitos: que se infrinjan normas o garantías del procedimiento y se cite por el recurrente la norma que estime violada; que esa infracción haya producido indefensión - STC.158/89 - y que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, salvo que no haya sido posible realizarla. También el Tribunal Supremo en sentencias tales como las de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992,...seguido por numerosas sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia, han establecido las pautas que deben seguirse para analizar la nulidad de actuaciones solicitada en recurso extraordinario y que son las siguientes: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales; b) ha de constar previa protesta en el juicio oral; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante, e) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones, f) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la desestimación del motivo de nulidad propuesto, ya que aunque ciertamente la sentencia adolece de defectos y hace relación a prueba no practicada, contiene los datos precisos para resolver el debate y fundamenta jurídicamente el fallo remitiéndose a lo decidido en supuesto parecido por otra sentencia del TSJ del País Vasco (Sª de 18 de diciembre de 2007 -rec. 2450/2007), sin que el defecto de no fundamentar los hechos probados pueda propiciar su nulidad al consistir en datos admitidos por ambas partes que solo discrepan en la interpretación jurídica que debe darse a los preceptos de aplicación al caso. En definitiva no se aprecia indefensión que motive la dilatoria medida solicitada, lo que se constata con la posibilidad real de que hace uso el recurso de completar los hechos y proponer a la Sala el examen de la legalidad de la sentencia. Y se desestima el motivo.

SEGUNDO.- Los tres primeros motivos se amparan en el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 y solicitan la modificación del relato probado. En concreto interesa en primer lugar la modificación del hecho cuarto para el que

propone redacción alternativa prácticamente idéntica a la que refleja la sentencia, aunque más ordenada y detallada, apoyándose en los partes de baja y alta, comunicación de acuerdo de denegación de prestaciones e informe de alta Hospitalaria de la Clínica Fontana. Y se rechaza el motivo, por no ser necesaria la modificación al constar en la sentencia los datos precisos para resolver el debate.

A continuación, se interesa la supresión del hecho quinto, a lo que se accede por no contener propiamente hechos sino relación de pruebas, alguna no practicada en el procedimiento y conceptos jurídicos predeterminantes del fallo.

Por último propone el recurso la introducción en la sentencia de un hecho nuevo que diga que la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes queda fijada en la cuantía de 1.058,09 euros, lo que apoya en el acta del juicio, que no alcanza el valor revisorio pretendido por lo que tampoco debe prosperar.

TERCERO.- Con amparo en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , el último motivo, denuncia la infracción del art. 128. 1 a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) EDL 1994/16443 , considerando que no se cumplen los requisitos previstos en el precepto para acceder a la prestación de Incapacidad Temporal (IT) reclamada y en concreto, que la asistencia sanitaria recibida esté comprendida dentro de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud recogida en el Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre EDL 2006/252715 , ya que se acude a un centro privado de cirugía estética para someterse a una intervención de implante mamario bilateral, intervención que no guarda relación con enfermedad, accidente o malformación congénita, teniendo como única finalidad la mejora estética, y este tipo de intervenciones no son financiables con cargo al sistema de seguridad social tal y como recoge el art. 5.4 a) 4º del Real Decreto 1030/2006 EDL 2006/252715 .

Para decidir el recurso hay que partir de los datos que conforman el supuesto a enjuiciar. Se trata de decidir si la actora tiene derecho a percibir el subsidio de IT durante el periodo comprendido entre el 23 de octubre a 24 de noviembre de 2008, en que ha permanecido de baja médica, con los sucesivos partes de confirmación, hasta el alta, como consecuencia de la intervención practicada en la Clínica Fontana consistente en una Mastopexia con prótesis bajo anestesia general, sin que conste la existencia de enfermedad previa que hiciera precisa la referida intervención, sino que mas bien se trata de una intervención con la finalidad meramente estética

El art. 128.1. de la LGSS EDL 1994/16443 dispone: " Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal : a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a 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 doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación."

Pues bien, no es tanto que la asistencia sanitaria que recibe la beneficiaria no está dispensada por los médicos de la Seguridad Social, ni prevista como prestación financiable con cargo a la Seguridad Social a que se refiere el Anexo III del Real Decreto 1030/2006 EDL 2006/252715 , como que la situación en la que voluntariamente se ha colocado la actora no es debida a enfermedad común profesional o accidente, lo que impide que perciba la prestación de IT reclamada, porque la intervenciones de cirugía estética que guardan relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, dan lugar a la prestación de asistencia sanitaria y a la IT como prestación distinta aquí reclamada.

En definitiva, esta Sala siguiendo lo ya decidido en la sentencia de 24 de mayo de 2005 (rec. 1394/2005), entiende que aunque la situación de la trabajadora ha ocasionado su baja en el trabajo no da lugar a la prestación de IT que reclama, como así ha sido también decidido, por otros argumentos, por la STSJ de Cataluña de 1 de abril de 2010 (rec.-440/2009), lo que conduce a estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

## FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Mutua FREMAP, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. 6 de los de Valencia de fecha 13 de abril de 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda formulada por D<sup>a</sup> Celestina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua FREMAP, y la empresa Infans La Boutique del Bebe, absolviendo a las demandadas de las pretensiones contra las mismas formuladas.

Sin costas.

Notifíquese la presente a las partes y 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, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300 Eur. en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito(Banesto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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

Publicación. La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250340012011100654