

EDJ 2007/340882

TSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1ª, S 18-12-2007, nº 3253/2007, rec. 2450/2007

Pte: Segales Fidalgo, Jaime

Resumen

Frente a sentencia que denegó a la actora el derecho a disfrutar del subsidio de IT derivado de contingencias comunes, se alza la misma en suplicación. El recurso ha de prosperar, pues se ha de considerar cumplido el requisito señalado por el art. 128 LGSS, que se contrae a establecer si el beneficiario puede o no realizar actividades profesionales, ya que las bajas cursadas por el médico de atención primaria acreditan la incapacidad de la actora para la realización de actividades laborales, ello a consecuencia del tratamiento post-operatorio administrado tras la intervención a que se sometiera por propia voluntad.

NORMATIVA ESTUDIADA

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

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

SEGURIDAD SOCIAL

INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO

Incapacidad temporal: ILT

Beneficiarios

Prestaciones

Nacimiento y duración de la prestación

Enfermedad común o accidente no laboral

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Trabajador; Desfavorable a: Mutua Patronal

Procedimiento: Suplicación; seguridad social

Legislación

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

Cita art.191.b de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

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

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 3 octubre 2000 (J2000/53492)

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 18 mayo 2000 (J2000/31130)

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 29 febrero 2000 (J2000/27977)

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 18 enero 2000 (J2000/27742)

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 18 abril 2000 (J2000/8199)

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 9 diciembre 1999 (J1999/58570)

Cita en el mismo sentido STSJ País Vasco Sala de lo Social de 29 junio 1999 (J1999/25173)

Versión de texto vigente null

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:

1º.- La demandante viene trabajando por cuenta y órdenes de la empresa ALEJANDRO ARECHAVALA LEONARDO (EUSKO-MUEBLES) desde el 19 de septiembre de 1985 y categoría profesional de dependienta.

2º.- La Mutua concertada con la empresa para cobertura de contingencias comunes y profesionales es la MUTUA MAZ, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL núm. 11.

3º.- Con fecha 2 de octubre de 2006 le fue expedido por su médico de atención primaria parte de baja por contingencias comunes por intervención quirúrgica: colocación de prótesis e implante de mama. Con fecha 3 de noviembre de 2006 fue dada de alta.

4º.- La intervención quirúrgica, que no había sido prescrita por facultativo alguno, se practicó en la Clínica Euskalduna y la actora asumió íntegramente los costes de la misma.

5º.- Con fecha 3 de noviembre de 2006 la Mutua remitió a la Inspección Médica de Álava informe por el que ponía en conocimiento de la misma que iban a denegar la prestación económica del episodio de IT por no cumplirse los requisitos recogidos en el art. 128 LGSS EDL 1994/16443 .

6º.- La Mutua emitió con fecha 28 de noviembre de 2006 comunicado que notificó a la actora y del tenor literal siguiente:

"Estimada Sra:

hacemos referencia al parte de baja médica de fecha 2 de octubre de 2006 emitido por el Servicio Público de Salud a su nombre con diagnóstico "intervención quirúrgica de cirugía estética".

Revisada la situación, le comunicamos que dicha intervención de cirugía estética no guarda relación con enfermedad, accidente o malformación congénita y que sólo tiene como finalidad la mejora estética, por lo que, según dispone el art. 5.4 RD 1030/2005 de 15 de septiembre , no es una prestación financiable a cargo de la Seguridad Social.

Por lo tanto y en aplicación del art. 128.ñ1 a) LGSS EDL 1994/16443 entendemos que eno se encuentra Vd. en la situación determinante de Incapacidad Temporal descrita en dicho artículo, ya que no recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

No procede por lo tanto abono de la prestación económica y así lo comunicamos en el día de hoy a la empresa ARECHA VALETA LEONARDO ALEJANDRO".

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

Que desestimando la demanda interpuesta por el Letrado D. Oscar Urrecho Fernández de Betoño en nombre y representación de la Central Sindical ELA y su afiliada Dª Magdalena , frente a la MUTUA MAZ MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL núm. 11, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la empresa ALEJANDRO ARECHA VALETA LEONARDO (titular de EUKOMUEBLES), debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones interpuestas en su contra.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la actora la sentencia que desestimó su pretensión, dirigida a obtener subsidio por IT de la Mutua demandada, basando su recurso en dos motivos, uno de ellos vinculado a modificar el relato de hechos y el otro a la censura jurídico- sustantiva.

SEGUNDO.- En todo caso, y en cuanto a las modificaciones de los hechos probados postuladas, conviene recordar que es doctrina constantemente aplicada por esta Sala, y a título de ejemplo cabe citar las sentencias de fecha 30 de octubre, 18 de septiembre, 5 de junio, 24 de abril de 2.001, 3 de octubre EDJ 2000/53492 , 30 y 16 de mayo EDJ 2000/31130 , 18 de abril EDJ 2000/8199 , 29 EDJ 2000/27977 y 8 de febrero, 18 de enero de 2.000 EDJ 2000/27742 , 9 de diciembre EDJ 1999/58570 , 5 de julio, 22 de junio EDJ 1999/25173 , 11 y 4 de mayo, 30 de marzo, 2 de febrero, 26 y 12 de enero de 1.999 o las de 8 de diciembre, 24 de noviembre de 1.998, recursos 1.988/01, 1.277/01679/01, 163/01, 1.777/00, 562/00, 520/00, 3.133/99, 2.977/99, 2.721/99, 2.627/99, 2.193/99, 857/99, 908/99, 330/99, 275/99, 3.363/98, 2.898/98, 2.841/98, 2.163/98, 2.497/98 y 2.452/98 , que nuestro ordenamiento jurídico no configura el recurso de suplicación como un remedio para el Tribunal pueda examinar con libertad de criterio el modo en que el Magistrado de instancia, con base en los medios de prueba obrantes en el proceso, ha obtenido su convicción sobre los hechos controvertidos entre los litigantes, sino que ha limitado su capacidad de revisar su relato a aquellos extremos que resulten evidenciados con base exclusiva en prueba documental o pericial válidamente practicada en el proceso y sean trascendentes en orden a cambiar el pronunciamiento final del litigio.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 en relación con su artículo 97.2 .

De lo expuesto se deduce:

a) La necesidad de que el recurrente precise la versión que el Magistrado debió recoger en los hechos probados y, en su caso, la parte de su relato a la que sustituye;

b) La inadmisibilidad de las modificaciones que se apoyen en otro medio de prueba distinto a esos dos, bien entendido a que no obsta a que si un precepto legal atribuye a algún otro medio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, pueda alcanzarse esta consecuencia, pero sólo si se denuncia la infracción de dicha norma.

c) La insuficiencia del apoyo en documento o pericia, si este carece - por sí sólo, o en virtud de otros medios de prueba practicados en el proceso que la contrarresten- de fuerza de convicción suficiente como para mostrar a la Sala de manera patente, sin dejar resquicio a la duda, el error sufrido por el Magistrado.

d) La inoperancia práctica, en orden al éxito final del recurso, de las revisiones que, reveladas por medio hábil, no sean suficientes para cambiar la resolución del litigio que éste ha efectuado, sin perjuicio de que hayan de tomarse en consideración en orden a razonar sobre las denuncias que el recurrente efectúa al Derecho aplicable para solventarlo.

TERCERO.- El motivo revisorio se anuda a demostrar que la trabajadora sí habría recibido tratamiento médico en el periodo en que le fue prescrita la baja, si bien su motivo no señala documento alguno en que conste la realización de curas o visitas al Ambulatorio.

En cualquier caso, la adición resulta ociosa, toda vez que la prescripción de la baja por parte de Osakidetza y sus subsiguientes partes confirmatorias constituyen suficiente fundamento como para considerar que el periodo que aquellos comprenden la beneficiaria ha recibido asistencia sanitaria. No debe perderse de vista que esa asistencia puede perfectamente limitarse a algo tan razonable y consecuente como un descanso post-operatorio.

El relato de hechos incluye las fechas de baja y de alta, siendo éstos los elementos necesarios para resolver la presente litis. No está de más advertir que este Tribunal no parte de la duda en relación con los partes de baja emitidos por Osakidetza, como tampoco debe hacerlo en relación con los de alta emitidos por una Mutua. Esa presunción procesal de validez, agravada por la condición de funcionario que ostenta el facultativo de Osakidetza, obliga a la Mutua a aportar datos conducentes a descartar la racionalidad de esas bajas, o sembrar dudas sobre su duración; deberes procesales de los que nadie queda relevado y menos una entidad privada, cuyas alegaciones no se protegen por presunción de veracidad alguna.

CUARTO.- La argumentación central adoptada por la sentencia en la instancia, frente a la que reacciona la parte actora y recurrente con amparo en el art. 128 LGSS EDL 1994/16443 , justifica la denegación del subsidio por IT en que la terapia a que se habría sometido la trabajadora, y de la que deriva el periodo incapacitante, estaría fuera de la cartera de servicios del sistema nacional de salud (cirugía estética).

El hecho causante que atiende el subsidio por IT viene establecido en el precepto sobre el que el recurrente basa su censura, 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 de partes de baja emitidos por el servicio público de salud, cuyo valor en este caso, siendo competente la Mutua demandada, queda limitado a acreditar el elemento incapacitante. Esto es, el servicio público entiende, a la vista de la situación clínica de la actora, que ésta debió permanecer alejada de la actividad a lo largo del periodo que consta en autos, comprendido entre el 2-10 y el 3-11 ambos de 2006. Por tanto, cabe considerar cumplido el primero de los requisitos señalado por el art. 128 LGSS EDL 1994/16443 , y que se contrae a establecer si el beneficiario puede o no realizar actividades profesionales. En efecto, las bajas cursadas por el médico de atención primaria acreditan la incapacidad de la actora para la realización de actividades laborales, ello a consecuencia del tratamiento post-operatorio administrado tras la intervención a que se sometiera por propia voluntad.

El segundo de los requisitos viene vinculado a la recepción de asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social, extremo que también se niega por parte de la recurrida y la sentencia a quo. Tampoco puede compartirse esta afirmación, toda vez que el sentido del anotado precepto no exige que en el periodo subsidiado el servicio de salud dispense un tratamiento en sentido estricto. Su intención se concreta simplemente en sostener que el periodo de inactividad se debe justificar en prescripción facultativa, y que dentro de esa inactividad se comprende la terapia indicada para asegurar la recuperación del trabajador, que puede limitarse a un mero periodo de descanso. Aun más, el trabajador bien puede preferir ser tratado por una instancia privada, a su coste, sin que esta decisión haya de condicionar su derecho al subsidio (ya no sería tratado por la Seguridad Social), cuando consta acreditada su incapacidad para la actividad. Un entendimiento distinto de este requisito supondría incorporar un elemento de restricción injustificado, que llevaría a dejar sin subsidio a quienes prefirieran ser tratados por la medicina privada de enfermedades o procesos cuyo tratamiento estuviere cubierto por la pública.

Finalmente, en el caso de autos se presta atención sustancial desde la sentencia a quo al hecho de que la actora hubiere decidido por su propia cuenta y riesgo someterse a una intervención de cirugía estética, constituyendo tal decisión la causa del periodo sobre el que se solicita el subsidio. Este factor, siempre a juicio de la instancia, debería desactivar el derecho, al haberse desbordado por parte de la beneficiaria las prestaciones sanitarias incluidas en la cartera de servicios del sistema público.

No podemos compartir esta determinación, y ello por varias razones. En primer lugar, la propia letra del art. 128 LGSS EDL 1994/16443 no distingue cuál deba ser la causa o razón última que anteceda o condicione el periodo de inactividad. Simplemente parte de una indisposición en la salud del sujeto, la cual le aleja de la actividad por un periodo determinado a instancia del facultativo responsable de dirigir el protocolo de recuperación. En segundo lugar, la firma de un contrato de trabajo no puede condicionar al ciudadano en la adopción de decisiones que competen a su libertad, hasta el punto de sacrificar el periodo de descanso anual para someterse a una operación que considera necesaria o razonable en función de su libre y respetable albedrío. Distinta podría ser la consideración si la actora actuara con notorio abuso de derecho, propiciando con demasiada frecuencia este tipo de escenarios, al igual que ocurriría en aquellos casos en los que el trabajador tuviere por hábito el realizar actividades paralelas a las profesionales, que pudieren considerarse o resultar de hecho peligrosas, repercutiendo daños injustificados sobre quien le emplea. Pero lo cierto es que el Derecho dispone de instrumentos dispuestos a reaccionar ante estas situaciones, que en modo alguno cabe entender reflejadas en el supuesto de hechos examinado dentro de este litigio.

Por lo que ha de estimarse el recurso elevado.

QUINTO.- Ello supone la obligación para la Mutua demandada, MAZ, la necesidad de reconocer el subsidio por IT generado por la actora en el periodo que transcurre entre el 2-10 y el 3-1 de 2006, cuya cuantía no ha sido determinada en estas actuaciones.

VISTOS los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos estimar el recurso de suplicación interpuesto por D^a Magdalena entablado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Vitoria-Gasteiz en fecha 22 de junio de 2.007, recaída en los autos 91/07, y en el que también han sido partes MAZ (MATEP), INSS, TGSS y D. Pedro , con lo que revocamos la misma, declarando el derecho de la actora a disfrutar del subsidio por IT derivado de contingencias comunes por el periodo comprendido desde el 2-10-2006 al 3-11-2006, con el abono de la prestación que resulte de acuerdo con las normas heterónomas y pactadas que sean aplicables, imponiendo a las entidades demandadas a estar y pasar por la presente declaración y especialmente a la Mutua demandada MAZ, responsable directo del abono del subsidio. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvase 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 Il^{mo}. Sr. Magistrado 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 la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número

4699-000-66-2450/07 a nombre de 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-2450/07 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 48020340012007102873