



Roj: **STSJ M 7256/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:7256**

Id Cendoj: **28079340022017100650**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **415/2017**

Nº de Resolución: **673/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2016/0001322

**Procedimiento Recurso de Suplicación 415/2017-FS**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid Seguridad social 42/2016

**Materia** : Incapacidad temporal

**Sentencia número: 673/17**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a veintiuno de junio de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 415/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. CAROLINA ROMO ANDRES en nombre y representación de ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en sus autos número Seguridad social 42/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Luz frente a INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151 e HIPERCOR SA, en reclamación por Seguridad Social, siendo Magistrado-



Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Que Luz de 46 años de edad, presta servicios para la empresa Hipercor, S.A en la categoría de "profesionales con antigüedad desde enero de 1999 en el Área de Hogar del centro de trabajo de dicha mercantil en el Centro Comercial Méndez Álvaro.

Fue dada de baja por incapacidad temporal, el 23 de septiembre de 2015, con diagnóstico de cataratas, emitiéndose parte médico de alta por mejoría que permite trabajar, el 11 de noviembre de 2015

SEGUNDO.- Que la demandante se sometió privadamente en fecha 23.09.2015 y 30.09.2015 a una intervención **refractiva** en ambos ojos, consistente en extracción de cristalino con implante de lente intraocular, también llamada "lesentomía **refractiva**", al objeto de eliminar la presbicia y la hipermetropía media con astigmatismo que padecía

TERCERO.- Que la Mutua Asepeyo, a la que está asociada la empresa para la gestión de la I.T., denegó el derecho a percibir el correspondiente subsidio por incapacidad temporal, por resolución de fecha 3.11.2015.

CUARTO.- Que la base de cotización por contingencias comunes, correspondiente al mes de agosto de 2015, asciende a 1.416,76€.

QUINTO.- Que se formuló la preceptiva Reclamación Previa el 12.11.2015, siendo desestimada por Resolución del INSS de fecha 23.12.2015

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por DÑA. Luz , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ASEPEYO MUTUA COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL e HIPERCOR, declaro el derecho de la demandante a percibir el subsidio por incapacidad temporal devengado por contingencia común, durante el periodo desde el 23/09/2015 hasta el 11/11/2015, conforme a la base reguladora de 47,23€/día, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la Mutua a que le haga efectivas las prestaciones sanitarias y económicas que procedan, con responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social respecto a las prestaciones económicas para el caso de insolvencia de la Mutua."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por ASEPEYO MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 151, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por D<sup>a</sup>. Luz .

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 21/6/17 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

**ÚNICO** .- Disconforme la Mutua demandada con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación, en que denuncia, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, la infracción del artículo 128.1 de la LGSS, en relación con el RD 1030/06, de 15 de septiembre, y la Ley 16/03, de 28 de mayo.

Al recurso presentado se opone la demandante en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo aduciendo en primer lugar que no es admisible el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el



artículo 191.2.g) de la LRJS , ya que la cuantía no supera el límite de acceso al recurso de suplicación con arreglo al artículo 192.4 de la LRJS .

Así las cosas, hemos de señalar que, con carácter previo incluso al análisis de los motivos invocados, la Sala ha de comprobar por su trascendencia de orden público si se dan los requisitos para el acceso a la suplicación, sin que a ello sea óbice la información sobre recurso contenida en la sentencia a este respecto, que no tiene valor vinculante para el Tribunal "ad quem", como tampoco lo tiene la admisión y tramitación del recurso ante el Juzgado de instancia. (SSTS de 6-10-1998 , 3-12-1998 , 21-1-1999 y 30-4-1999 , entre otras muchas).

Como se ha de señalar igualmente que el artículo 191.2.g) de la LRJS excluye en efecto de la vía de la suplicación aquellas sentencias dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros, pero en el presente caso se trata de un proceso sobre Seguridad Social, y aquí, según resulta del artículo 191 LRJS, cuando las sentencias versen sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social o sobre el grado de incapacidad permanente aplicable, serán siempre recurribles en suplicación, y únicamente en caso de que el proceso verse sobre la cuantía de la prestación reconocida, la responsabilidad de la sentencia está sometida al límite general de la cuantía de 3.000 euros. Lo que determina que sí sería admisible el recurso interpuesto, ya que el presente supuesto se incardinaría en el artículo 191.3 c) de la LRJS , al discutirse el derecho a la prestación de Seguridad Social.

Una vez expuesto lo que antecede, y a la vista de las alegaciones realizadas en el único motivo del recurso, se ha de significar que en el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social se dispone que, entre otras, tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal "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..." ( art. 128.1, a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), de donde resulta con toda claridad que sólo procede considerar al trabajador en situación de incapacidad temporal cuando concurren ambos requisitos, ya exigidos anteriormente en el antiguo artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social , a saber: a) el de recibir asistencia sanitaria, lo que implica que se está en proceso de curación (por lo que no cabe si las lesiones son ya definitivas o crónicas y no susceptibles por tanto de curación o mejoría (S.S. Tribunal Central de Trabajo de 24-3-1987 y 11-5-1987, entre otras muchas), y b) el de hallarse impedido para el trabajo, en el bien entendido de que cabe trabajar y recibir asistencia sanitaria si la dolencia es leve o si no es incapacitante ( S<sup>a</sup>. del Tribunal Central de Trabajo de 2-4-1987 , entre otras muchas).

Pues bien, en el supuesto de autos la sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta, declarando el derecho de la actora a percibir el subsidio por incapacidad temporal por contingencia común y condenando a la Mutua ASEPEYO a hacer efectivas las prestaciones sanitarias y económicas correspondientes, con responsabilidad subsidiaria del INSS respecto a las prestaciones económicas para el caso de insolvencia de la Mutua.

Y ante ello se alza la Mutua que, tras denunciar las infracciones antecitadas, viene a afirmar que no debe procederse al abono de la incapacidad temporal por no estar incluido el tratamiento recibido en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, por lo que solicita la estimación del recurso y la revocación de la sentencia.

Sin embargo, según se indica en la sentencia de instancia, sobre esta misma cuestión se ha pronunciado esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 30-4-2015 (Rec. 798/2014 ), señalando que "el déficit de visión derivado de la miopía y astigmatismo supone una merma de capacidad funcional, se requiere la oportuna compensación. Esa medida correctora puede consistir en una prótesis (gafas o lentillas) o en una intervención, quirúrgica o de otro tipo (rayos láser, etc), y su naturaleza conllevará o no baja médica. No será necesaria si se opta por prótesis de gafas. Sí en caso de intervención del tipo seguido por la actora de este proceso, en cuyo caso el período durante el cual dure la recuperación funcional genera el correspondiente subsidio de incapacidad laboral transitoria, pues concurren las dos notas esenciales que a tal efecto establece el art. 128 LGSS (EDL 1994/16443): el trabajador recibe asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo."

Y a esta doctrina ha de estarse necesariamente, ya que en el presente caso la actora se sometió a la intervención **refractiva** en ambos ojos al objeto de eliminar la presbicia y la hipermetropía media con astigmatismo que padecía. Por lo que habiéndose cursado la baja por IT de la demandante durante el período que va desde el 23-9-2015, fecha de la primera intervención, hasta el 11-11-2015, procedía declarar su derecho a percibir la prestación por IT en los términos establecidos en la sentencia, por más que la sanidad pública no asumiera el coste de tal intervención, lo que resulta irrelevante a los efectos que nos ocupan, sin que sean de recibo las alegaciones de la recurrente, en absoluto justificadas.

Y en consecuencia, conforme a lo expuesto, al no haber incurrido la sentencia de instancia en las infracciones denunciadas, se impone la desestimación del recurso y la confirmación de dicha resolución.



**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua ASEPEYO COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N° 151 contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 26 de Madrid de fecha 16 de marzo de 2016, en los autos número 42/2016, en virtud de demanda formulada por Dña. Luz sobre Seguridad Social, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia, condenando a la recurrente a abonar al Letrado que ha impugnado su recurso la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios. Dése a los depósitos que se hayan constituido el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n° 2827-0000-00-0415-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0415-17.

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 ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

## PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.