



Roj: **STSJ AND 13853/2018 - ECLI: ES:TSJAND:2018:13853**

Id Cendoj: **41091340012018103710**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **3713/2017**

Nº de Resolución: **3648/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N° 3713/17 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMO.SR.DON FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 3648 /18

En el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a Lidia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Cádiz, ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos número 363/17 se presentó demanda por D^a Lidia , sobre Seguridad Social, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Gallega, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 12/07/17 por el Juzgado de referencia en que no se estimó la demanda.

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" **PRIMERO.**- Dña. Lidia , con DNI nº NUM000 , y con profesión de limpiadora, fue dada de baja médica en fecha 08.03.2017 por el SAS, por enfermedad común al haber sido intervenida quirúrgicamente (cirugía refractiva) de hipermetropía (cinco dioptrías) en ambos ojos, mediante técnica Intralase, en fecha 08.03.2017, intervención que tuvo lugar en la clínica privada Vista Tecnoláser, aconsejándosele por el médico que la intervino, baja laboral de 20 días y evitar esfuerzos y estar en lugares con polvo y humo.

La baja fue confirmada por el SAS en fecha 15.03.2017 y en fecha 27.03.2017, siendo dada de alta por el SAS en fecha 11.04.2017.



SEGUNDO .- La trabajadora lo puso en conocimiento de la Mutua Gallega entidad colaboradora que cubría las contingencias comunes de la trabajadora, en fecha 16.03.2017.

Por Mutua Gallega se acordó en fecha 17.03.2017 denegar el acceso a la prestación económica por dicho proceso con fecha de efectos de 11.03.2017, ya que su proceso actual de baja no cumplía con los requisitos del artículo 169.1.a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, reproduciendo el contenido del art. 169.1.a. LGSS (RDL 8/2015, de 30 de octubre): "Tendrán la consideración de situaciones determinante 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".

El período de IT comprendido entre el 08.03.2017 y el 11.04.2017 fue anulado por este motivo.

TERCERO .- En fecha 29.03.2017 se interpuso por Dña. Lidia reclamación previa ante la Mutua, que fue desestimada por la Mutua por escrito de 03.04.2017 con el siguiente tenor literal:

" Estimada Sra.;

El pasado 29 de marzo nos ha presentado Ud. Reclamación Previa, por la que manifiesta su disconformidad con el acuerdo de denegación de esta mutua en lo concerniente a la prestación económica derivada de incapacidad temporal del proceso de enfermedad común de fecha 8.03.2017 y todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 169.1.a) del RDL 8/2015.

Que tras proceder a su estudio y revisar los motivos que dieron lugar al indicado Acuerdo y los expuestos por Ud. en su reclamación previa le comunicamos que hemos procedido a DESESTIMAR las mismas por cuanto el indicado proceso de incapacidad temporal obedece a una intervención meramente estética que se encuentra excluida del sistema público de la cartera de servicios sanitarios de la Seguridad Social y, por tanto, no financiable con cargo a la misma y por ello no ha de ser subsidiaria del reconocimiento del derecho a obtener prestación económica de incapacidad temporal.

De no ser de su conformidad este acuerdo, podrá usted interponer demanda ante los juzgados del orden social en el plazo de treinta días a contar desde la fecha en la que se le notifique el mismo, a tenor de los que dispone el artículo 71.6 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social".

CUARTO .- En fecha 03.04.2017 la trabajadora presentó reclamación previa ante el INSS interesando la revocación de dicho acuerdo."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandante que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de la actora que reclamaba el reconocimiento del derecho al subsidio de Incapacidad Temporal por el periodo en que se le había extendido baja médica por parte de los servicios médicos del SAS tras intervención quirúrgica para corregir hipermetropía que la actora padecía, intervención que no fue practicada por los servicios médicos del Servicio Andaluz de Salud, sino por médicos de la medicina privada a la que acudió voluntariamente la actora, se alza esta en Suplicación invocando el trámite procesal del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO .- Por trámite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 169 de Ley General de la Seguridad Social en relación con lo dispuesto en el artículo 146 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y a su vez con lo dispuesto en el artículo 24 del mismo texto legal, para defender que le corresponde la prestación indebidamente revocada por la Mutua que cubría contingencias comunes de la trabajadora, entidad colaboradora, que viene a revocar un acto administrativo declarativo de derecho al margen de procedimiento de revisión de previsto en el artículo 146 LRJS, lo que le está vedado.

Por razones de orden público procesal, ha de ser estudiado en primer lugar el motivo de recurso que plantea la recurrente para alegar que se excede la mutua en sus facultados de autotutela, al revocar el reconocimiento de la prestación de Incapacidad Temporal a la actora, defendiendo que la prestación viene implícitamente reconocida al haber extendido el Servicio Andaluz de Salud parte de baja y posteriores de confirmación y la modificación del derecho reconocido solo puede efectuarse, mediante la sentencia correspondiente tras haber presentado la Mutua la correspondiente demanda tal como ordena el artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .



Como expresamente razona el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 662/2018, 21 de Junio de 2018 , <<El artículo 146 LRJS ("Revisión de actos declarativos de derechos") positiva una vieja doctrina sobre la posibilidad de que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (o entes asimilados) activen un proceso judicial para revisar un acto propio, anterior y declarativo de derechos.

De esa posibilidad (sometida a un plazo prescriptivo de cuatro años) deriva el principio que impera: la imposibilidad de que el ente gestor revise por sí mismo lo que ha reconocido con anterioridad ("auto tutela"). Queda así proscrita la revisión de actos declarativos que se lleva a cabo "en perjuicio de sus beneficiarios" y silenciada (por tanto, permitida de manera implícita) la revisión que sea favorable para el titular de los derechos>>.

Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, la entidad colabora demandada, no ha efectuado ninguna revocación de derechos, ni dictado ninguna resolución dejando sin efecto el reconocimiento del derecho a la prestación de Incapacidad Temporal a la trabajadora, por la sencilla razón de que nunca se le había reconocido. La extensión de la baja medica por parte de los servicios médicos de la medicina pública, en este caso Servicio Andaluz de Salud, no implica automáticamente el reconocimiento del derecho a lucrar la prestación correspondiente, toda vez que el propio artículo 172 de Ley General de la Seguridad Social condiciona la percepción del subsidio a que el beneficiario cumpla los requisitos que la norma señala y el artículo 169.1 a) del mismo texto legal , viene a establecer otros requisitos, de manera que han de cumplirse todos para que el trabajador a quien se ha extendido baja médica, pueda lucrar la prestación, habida cuenta que, como razona el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 febrero 2012 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 769/2011) : " ... las prestaciones de la Seguridad Social no son totalmente independientes entre sí a modo de compartimentos estancos, sino que forman parte del entramado de protección social garantizada y están sometidas a ciertas interrelaciones y reglas de incompatibilidad"

No habiéndose reconocido, por tanto, a la trabajadora actora el subsidio que ahora se reclama, ni de manera expresa ni tácita, antes al contrario resultando ser el primer acuerdo que toma la Mutua, entidad colaboradora a quien correspondería el abono acuerdo denegatorio, ninguna acto declarativo de derechos se ha revisado y por tanto, ha de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia.

En cuanto a la cuestión de fondo, cierto es que la actora se ha sometido voluntariamente a una intervención quirúrgica para corregir su hipermetropía que era muy acusada puesto que presentaba 5 dioptrías en cada ojo, según se recoge en el hecho probado primero de la sentencia que en este punto no ha sido combatida, intervención (cirugía refractiva) que se llevó a cabo, mediante Técnica Intralase en fecha 08.03.2017 y en clínica privada por decisión de la trabajadora, sin que conste indicación al respecto por profesional médico de la medicina pública, encontrándose esta intervención excluida de la cartera de servicios por apartado 5. 6 del ANEXO III, (Cartera de servicios comunes de atención especializada) del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, norma aquella que excluye la corrección de los defectos de refracción visual por medios optométricos y quirúrgicos.

Cierto es también que el artículo 169.1 a) de Ley General de la Seguridad Social , vincula la situación de Incapacidad Temporal a que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y haya causado baja medica por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo, lo que excluye, el abono del subsidio de Incapacidad Temporal en aquellos supuestos en que el trabajador acude a la medicina privada para ser tratado por razones puramente estéticas, como lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 febrero 2012 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 769/2011) que al respecto dice: *"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"*.

Sin embargo, la propia sentencia que se ha indicado deja abierta la posibilidad de que otra pueda ser la solución, en caso de situaciones particulares que, presentando circunstancias especiales pudieran estas ser tomadas en consideración, porque al respecto dice: *"al margen de situaciones especiales que en cada caso pudieran ser tomadas en consideración, como las que señala la sentencia recurrida (complicaciones o patologías que aparezcan como efectos secundarios de la propia intervención libremente asumida; supuestos de incapacidad temporal originados por una operación estética de especial importancia en relación con la profesión del trabajador afectado etc. -podría pensarse también en supuestos en que fuera apreciable un componente físico o psíquico que actuase como condicionante de la decisión del beneficiario y que por ello pudiera excluir la mera voluntariedad de tal decisión-)"*.



Pues bien, este es el supuesto en el que nos encontramos en el que, si bien es cierto que la operación a que voluntariamente se ha sometido la actora para corregir su hipermetropía, (defecto ocular que provoca la falta de nitidez o visión borrosa de los objetos próximos como consecuencia defecto de convergencia del cristalino), puede contribuir a mejoría estética porque puede librar de la corrección óptica mediante gafas o lentes de contacto, también y sobre todo, proyecta sus beneficios en el campo de la salud, porque lograr mejorar la visión, cuando esta se encuentra afectada por defecto refractivo de 5 dioptrías en cada ojo como el caso de la actora, supone mucho más que mejorar el aspecto externo y poder prescindir de gafas que ayuden a la visión, y no solo redundan en comodidad, sino en el bienestar general que forma parte de salud entendida en los aspectos físicos y psíquicos, en lo que también se enmarcaría la situación, aunque la intervención no hubiera sido de éxito total, lo que no consta y la trabajadora hubiera de seguir utilizando gafas de menor graduación.

Por lo expuesto, la trabajadora que recurre a quien se ha extendido baja médica y partes de confirmación desde la intervención quirúrgica, aunque no hubiera sido atendida por médico de la medicina pública, ha de ser considerada a todos los efectos incurso en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y acreedora a las prestaciones que de tal situación de incapacidad derivan, debiéndose, por tanto, estimar su recurso y revocar la sentencia de instancia, para condenar a la Mutua Gallega al abono de la prestación que corresponda por el periodo que la actora permaneció en Incapacidad Temporal, esto es de 08.03.2017 a 11.04.2017, todo ello a hilo con lo resuelto por otros Tribunales Superiores de Justicia, en supuestos semejantes, como el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en Sentencia núm. 269/2017 de 27 junio y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia núm. 1097/2017 de 7 diciembre .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a Lidia , contra la sentencia dictada en los autos nº 363/17 por el Juzgado de lo Social número uno de los de Cádiz , en virtud de demanda formulada por la citada actora, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Mutua Gallega debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que estimando la demanda de la actora debemos declarar y declaramos su derecho a percibir subsidio de Incapacidad Temporal en cuantía reglamentaria y por el periodo que se encontró en situación de Incapacidad Temporal, esto es entre 08.03.2017 y 11.04.2017, condenado a los demandados a estar y pasar por esta declaración y cuanto de ello se derive y especialmente a la Mutua Gallega al abono de la prestación que corresponda.

Notifíquese esta sentencia a las partes 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, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Igualmente se advierte a las partes no exentas, que si recurren deberán acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de **600.- euros** , en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad "Banco de Santander", en la Cuenta-Expediente nº **4052-0000-66-xxxx(nº rollo)-xx(año)**, especificando en el campo "concepto", del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "**Recurso**".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.



Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ