

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia de 21 de febrero de 2012**Sala de lo Social**Rec. n.º 769/2011***SUMARIO:**

**La suspensión del contrato de trabajo. Incapacidad temporal. Acceso y reconocimiento del derecho en supuestos de cirugía estética asumida voluntariamente.** La baja médica derivada de la intervención, sin complicaciones o patologías secundarias que, por tanto, no requieren asistencia sanitaria, determinan un parte de baja que trae causa de la simple y pura convalecencia. No obstante, al no tratarse de un proceso patológico derivado de enfermedad, accidente o malformación congénita, no da lugar a la percepción del subsidio de IT. La cirugía mamaria por razones meramente estéticas y otras intervenciones similares, aunque pueden generar la suspensión del contrato de trabajo, no puede estimarse que entren dentro de las contingencias que determinan la situación de IT que se define en la LGSS.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 115, 116 y 128.1.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 45.1 a) e i).

**PONENTE:**

*Don Jesús Souto Prieto.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Javier de Cominges Cáceres, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Mariana , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 31 de enero de 2011 dictada en el recurso de suplicación número 2421/2010 formulado por D<sup>a</sup> Mariana , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo de fecha 9 de marzo de 2010 , dictada en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup> Mariana , frente al Servicio Galego de Saude, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua MC-Mutual, Mutua de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 1, sobre incapacidad temporal.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el INSS, representado por el letrado D. Andrés Ramón Trillo García, y MUTUAL MIDAT CYCLOPS, representado por el procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 9 de marzo de 2010, el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando íntegramente la demanda presentada por Doña Mariana , 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".

### Segundo.

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La demandante Doña Mariana , con la categoría profesional de jardinera, obtuvo parte de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes emitido por facultativo del SERGAS, con fecha 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.

La citada sentencia fué recurrida en suplicación por D<sup>a</sup> Mariana , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia con fecha 31 de enero de 2011 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "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 núm. 2 de Vigo , en autos 1205/09, confirmamos la sentencia recurrida".

### Cuarto.

El letrado D. Javier de Cominges Cáceres, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Mariana , mediante escrito presentado el 18 de marzo de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 18 de diciembre de 2007 (recurso nº 2450/2007). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 128.1 de la LGSS.

### Quinto.

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de febrero de 2012, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

La cuestión planteada estriba en determinar el derecho a la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en concreto porque la beneficiaria se sometió a una intervención de cirugía mamaria, no pudo acudir a su trabajo durante el período de recuperación, y la Mutua correspondiente, le deniega la prestación por considerar que la baja se debía a una intervención estética que no guarda relación ni con un accidente de trabajo, enfermedad, o malformación genética.

Consta en autos que la actora obtuvo parte de baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes emitido por facultativo del SERGAS, con diagnóstico de cirugía mamaria.

La sentencia recurrida confirma la de instancia, concluyendo lo siguiente: "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 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 hicieren 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 sufre 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 proesión 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".

### **Segundo.**

Se ofrece por el recurrente como sentencia de contraste, la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 18 de diciembre de 2007 , que en un supuesto sustancialmente idéntico al presente llegó a solución contraria, por lo que se han cumplido las exigencias de los arts. 217 y 222 de la Ley Procesal, procediendo que la Sala se pronuncie para unificar la doctrina. En efecto, la sentencia recurrida mantiene la doctrina de reconocer el derecho a disfrutar el subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes, interpretando: "El art. 128 LGSS no distingue cuál deba ser la causa o razón última que anteceda o condicione el período de inactividad. Simplemente parte de una indisposición en la salud del sujeto, la cual le aleja de la actividad por un período 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 período 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 habito 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".

### **Tercero.**

Alega el recurrente la vulneración de lo dispuesto en el art. 128.1 de la LGSS.

Dicho precepto establece que: "1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y 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 trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

...".

Por su parte el art. 117.2 de la LGSS , al definir la enfermedad común, dispone:

"2. Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales conforme a lo dispuesto respectivamente en los apartados 2 e), f) y g) del art. 115 y en el art. 116."

El Ministerio Fiscal informa en el sentido de considerar procedente el recurso, estimando que, salvo supuestos de fraude acreditado, no cabe discutir el origen de la decisión que coloca al beneficiario en situación de incapacidad, cuestión que debe quedar en el ámbito de la libre voluntad del sujeto, bastando pues, en principio, que obre el parte facultativo de baja del médico de la Seguridad Social. Pero la Sala no puede compartir este criterio por las razones que se pasan a exponer:

Para resolver un supuesto como el presente es necesario elevarse a los principios que configuran la protección dispensada por el sistema de la Seguridad Social. De acuerdo con tales principios cabe hacer las siguientes consideraciones:

1ª. La Seguridad Social tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo cual depende de diversos factores o circunstancias. El mayor o menor alcance de la acción protectora se encuentra condicionado por la propia conformación y evolución del sistema y, por tanto, por las posibilidades económicas y por las opciones de política legislativa que se adopten en cada momento.

2ª. La situación de infortunio o riesgo a la que la ley decide dar protección definiéndola como incapacidad temporal consiste en una alteración de la salud que, además de poder precisar una atención médica y farmacéutica que origine un exceso de gastos, puede ocasionar también la incapacidad temporal de trabajar. Pero, conforme al art. 128.1 a) de la LGSS , para el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo es necesario, en primer lugar, que la alteración de la salud sea debida a "enfermedad común o profesional y accidente".

3ª. La cirugía mamaria por razones meramente estéticas y otras intervenciones similares, aunque puedan generar una suspensión del contrato de trabajo ( art. 45.1 a ) o i) ET ), no puede estimarse que entren dentro de las indicadas "contingencias" que determinan la "situación" de incapacidad temporal que se define en el mencionado precepto. Las indicadas contingencias (enfermedad o accidente) aluden a un riesgo que, por definición, constituye un hecho futuro e incierto y que cuando se actualiza produce un daño que es la "situación de necesidad a la que se refiere el art. 41 de la CE ", es decir, una necesidad o conveniencia desde la perspectiva del derecho a la salud del asegurado, pero que no puede configurarse por una decisión libérrima suya ajena a cualquier idea de enfermedad o accidente, aun tomadas en sentido amplio -al margen de las situaciones de necesidad que en casos semejantes puedan surgir posteriormente por complicaciones o patologías secundarias derivadas de aquel acto inicial del asegurado-.

4ª. Si el "estado social", a través de la Seguridad Social, y también los empresarios en cuanto al pago del subsidio de incapacidad temporal que pone a su cargo el art. 131.1 LGSS , estuvieran obligados a financiar proyectos puramente personales de mejora de la apariencia física, que no constituyan una situación de necesidad -interpretada con amplitud- para el desenvolvimiento normal de la persona, estaríamos desbordando la protección que nuestro legislador establece para tales situaciones, cubriendo intereses desde luego legítimos desde el punto de vista personal, pero que afectan únicamente a las personas que adoptan tales decisiones.

5ª. Por otra parte, 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. En el caso de la incapacidad temporal, vemos que el precepto relaciona esta prestación con la asistencia sanitaria, al señalar: "mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social...". Aunque tal exigencia se tome como un mero elemento de control en orden a la gestión de la prestación de incapacidad temporal, es claro que en este caso tampoco concurre al tratarse de una intervención de cirugía estética practicada al margen de los servicios sanitarios de la Seguridad Social, seguramente por tratarse de una de las prestaciones no financiadas con cargo a la Seguridad Social (Real Decreto 63/95, de 20

de enero, Anexo III... 3), de acuerdo con la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones (Ley 16/03, de 28 de mayo sobre Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

#### **Cuarto.**

De lo anterior se desprende que 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.

Por consiguiente, 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-), lo cierto es que tal como se presenta el caso ahora examinado, en el que la incapacidad para el trabajo obedece a un mero proceso de reposo y de recuperación después de una intervención quirúrgica mínimamente agresiva, decidida por pura conveniencia personal de la persona afectada, sin la menor referencia a un proceso patológico debido a enfermedad o accidente o a una malformación congénita, no es posible reconocer el derecho a la prestación de incapacidad temporal. El coste que implica una decisión perteneciente a la esfera personal de la trabajadora, como la que aquí es objeto de examen -tanto en lo que se refiere a gastos sanitarios, como a obtener el subsidio por las pérdidas de la renta salarial- debe ser soportado por quien libremente la adoptó -por ejemplo, podría haber solicitado un permiso o utilizar el tiempo de vacaciones-, pero no por terceros -como el empresario y la Seguridad Social- que no vienen obligados legalmente.

#### **Quinto.**

Las consideraciones anteriores conducen, oído el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso, estableciendo que la doctrina correcta que corresponde declarar como unificada es la de la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Javier de Cominges Cáceres, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Mariana, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 31 de enero de 2011 dictada en el recurso de suplicación número 2421/2010, que se declara firme. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.