

Se reconoce el derecho a la prestación por IT a una trabajadora que se sometió a una intervención quirúrgica en una clínica privada para eliminar la miopía y el astigmatismo que padecía

Se plantea en el presente recurso si la incapacidad temporal derivada del tratamiento quirúrgico de miopía y astigmatismo, que no está incluido en la cartera de servicios de la seguridad social, puede o no dar lugar a las prestaciones económicas correspondientes de la seguridad social.

Tal y como ya ha resuelto la Sala, conforme a lo establecido por la OMS, tanto la miopía como el astigmatismo son enfermedades caracterizadas por problemas de visión. En el caso examinado se está en presencia de una trabajadora que padecía una patología ocular configuradora de enfermedad que tiene diferentes tratamientos, alguno de los cuales no están cubiertos por el sistema nacional de salud. Ello no impide que voluntariamente el enfermo pueda recurrir a ellos a sus expensas, y las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de tales tratamientos que requieren asistencia sanitaria configuran la situación protegida por el art. 169.1 a) de la LGSS, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 561/2023, de 19 de septiembre de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2991/2020

Ponente Excmo. Sr. ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

En Madrid, a 19 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.ª Lidia representada y asistida por el letrado D. Antonio Folgoso Olmo, contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 2518/2019, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Granada, de fecha 30 de septiembre de 2019, autos núm. 453/2018, que resolvió la demanda sobre reclamación en materia de seguridad social, interpuesta por D.ª Lidia frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía y Mutua Fraternidad Muprespa.

Han comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social y la Junta de Andalucía representada y asistida por la letrada de la Junta de Andalucía.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de septiembre de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Granada, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Doña Lidia, con DNI NUM000, viene afiliada a la Seguridad Social con el número NUM001.

La demandante presta servicios para la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, con categoría profesional de Personal Administrativo IIIA.

La AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA había concertado la cobertura de contingencias comunes con MUTUA FRATERNIDAD-MUPRESA.

SEGUNDO.- La actora se sometió el 04/04/2018 a una intervención en ambos ojos mediante cirugía refractiva por padecer miopía y astigmatismo, que se realizó con la técnica PRK.

TERCERO.- El 05/04/2018 se emitió respecto de la demandante parte de baja médica en el que se indicó que tal proceso venía determinado por una enfermedad común y se reseñó como diagnóstico " *miopía* ".

La demandante recibió el alta de la Inspección Médica el 09/05/2018, por curación o mejoría que le permitiría realizar su trabajo habitual.

CUARTO.- MUTUA FRATERNIDAD-MUPRESA, por decisión de 26/04/2018, denegó el reconocimiento de prestaciones por considerar que su origen estaba en una prestación no financiable con cargo a la Seguridad Social y Fondos Estatales.

En la misma resolución se indicaba, entre otros extremos, que el parte de baja emitido con fecha 05/04/2018 venía motivado por intervención puramente estética y que el " Real Decreto 1030/2006 de 15 de Septiembre, que en su Art. 5 - 4 - a - 4.º, excluye de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, las técnicas, tecnologías, y procedimientos que tengan por finalidad meras mejoras estéticas o cosméticas y Anexo III - 3 -5 párrafo 3 ° *que excluye todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita.* "

QUINTO.- La demandante presentó el 10/05/2018 reclamación previa a la que acompañó documento manuscrito, sin fecha, en el que constaba un sello con el nombre Dr. Carlos Manuel, con número de colegiado y firma.

En tal documento, entre otros particulares, se expresaba lo siguiente:

"Al no tolerar las gafas por dermatitis de contacto, ni las lentes de contacto, aconsejo realizar cirugía refractiva con láser Excima"

La reclamación previa fue desestimada por MUTUA FRATERNIDAD-MUPRESA el 28/05/2018.

SEXTO.- El 11/06/2018 la actora acudió al servicio de urgencias del Hospital Campus de la Salud a las 07:54 horas por dolor ocular.

A la exploración, la agudeza visual de la demandante, sin corrección, era de 1 en el ojo derecho y de 0,2 en el ojo izquierdo, que mejoraba a 1 con estenopecico.

El ojo izquierdo, el intervenido en abril, presentaba hiperemia mixta moderada, con la mitad inferior de la zona de ablación con epitelio desvitalizado y levantado (se eliminó epitelio aberrante con hemosteta). CABP Tyndall Fácua.

El juicio clínico fue de desepitelización en paciente intervenida PRK en ojo izquierdo.

SÉPTIMO.- La demandante cuenta con antecedentes clínicos de hipertensión arterial, alergia primaveral a gramíneas y pólenes, apnea del sueño en estudio, escoliosis lumbar y cervical, síndrome de piernas inquietas en tratamiento con pramipexol, estado depresivo, dos intervenciones por cesáreas y una más por quiste en una pierna."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda formulada por doña Lidia frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a MUTUA FRATERNIDAD-MUPRESA y frente a la AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA y en consecuencia, absuelvo a las demandadas de las peticiones deducidas en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D.ª. Lidia, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 2 de julio de 2020, en la que consta el siguiente fallo:

"I.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D.ª. Lidia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Granada de fecha 30 de septiembre de 2019, en el procedimiento seguido a instancias de la recurrente, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Fraternidad- Muprespa, Mutua colaboradora con la Seguridad Social n.º 275, así como Agencia de Servicios Sociales de Andalucía, en reclamación por prestaciones de Seguridad Social, confirmando la sentencia recurrida."

TERCERO.- Por la representación letrada de D.ª. Lidia se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de fecha 25 de mayo de 2017, rec. suplicación 2230/2016.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a los recurridos para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por los respectivos letrados de la Junta de Andalucía y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentaron sendos escritos de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Constituye el objeto del presente recurso de casación unificadora determinar si la incapacidad temporal derivada del tratamiento quirúrgico de la miopía, que no está incluido en la cartera de servicios de la seguridad social, puede o no dar lugar a las prestaciones económicas correspondientes de la seguridad social.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Granada desestimó la demanda de la actora. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- desestimó el recurso de suplicación y confirmó la sentencia de instancia.

Consta que la actora se sometió, el 4 de abril de 2018, a una intervención en ambos ojos mediante cirugía refractiva por padecer miopía y astigmatismo. El 5 de abril de 2018 se emitió parte de baja por enfermedad común con el diagnóstico de "miopía" y de alta, de la Inspección Médica, el 9 de mayo de 2018 por mejoría. La Mutua, por resolución de 26 de abril de 2018, denegó el reconocimiento de prestaciones por considerar que el origen estaba en una prestación no financiable por la seguridad social, al ser una intervención puramente estética. La actora presentó reclamación, a la que acompañó un documento en el que constaba un sello de un colegiado, y una firma, en el que se expresaba "*al tolerar las gafas por dermatitis de contacto, ni las lentes de contacto, aconsejo realizar cirugía refractiva con láser Excima*". El 11 de junio de 2018 la actora acudió a urgencias por dolor ocular, el juicio clínico fue de desepitalización en paciente intervenida PRK en ojo izquierdo. La demandante cuenta con antecedentes clínicos de hipertensión arterial, alergia, apnea en estudio, escoliosis lumbar

y cervical, síndrome de piernas inquietas, estado depresivo, dos cesáreas, intervención por quiste en una pierna.

La sentencia recurrida desestima el recurso frente a la sentencia desestimatoria de instancia por considerar que la operación a la que se sometió la actora era puramente estética. Razona la sala que no se ha determinado la situación de visión de la trabajadora con anterioridad a la intervención, con específica determinación de la capacidad visual, así como tampoco se puso de relieve la existencia de la dermatitis de contacto que hubiera determinado la imposibilidad del uso de gafas. Por ello, resuelve que, al no concurrir elemento patológico que supusiera un problema de salud que obstaculizara su vida diaria o profesional, la intervención fue derivada de un criterio meramente estético, no repercutible en el derecho a una prestación de seguridad social, al faltar el requisito de la concurrencia de una propia enfermedad o accidente. Añade que el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios de la seguridad social, excluye todos los procedimientos con finalidad estética, entre los que incluye los trastornos del ojo y sus anexos, y excluye de forma expresa la corrección de los efectos de refracción por medios quirúrgicos.

3.- La trabajadora ha formulado el presente recurso de casación unificadora en el que denuncia infracción de los artículos 42.1 y 169.1 a LGSS y jurisprudencia de la Sala contenida en sentencia que cita. El recurso ha sido impugnado por la Junta de Andalucía y por el INSS. Ha sido informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo improcedente.

SEGUNDO.- 1.- La recurrente invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Valladolid- de 25 de mayo de 2017 (rec. 2230/2016). En la misma se contempla una situación en la que el actor inició un proceso de incapacidad temporal el 13 de julio de 2015 que se extendió hasta el 7 de agosto siguiente en que se emitió parte de alta por mejoría por el facultativo del SACYL; el motivo de la baja fue una intervención para eliminar la miopía en una clínica privada. El 6 de agosto de 2015 la mutua ASEPEYO denegó las prestaciones de incapacidad temporal al estar excluida la operación de la cartera de servicios de la seguridad social La reclamación previa fue desestimada.

La sentencia estimó que el déficit de visión derivado de la miopía supone una merma de la capacidad funcional de un órgano principal y que la intervención es una medida correctora, como lo es el uso de gafas, de forma que el periodo de recuperación funcional genera el correspondiente subsidio, pues concurren las dos notas esenciales del artículo 128 de la LGSS: el trabajador recibe asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo. En relación al hecho de que la operación no esté en la cartera de servicios, razona la sala que el art. 128 de la LGSS no distingue cual deba ser la causa que anteceda o condicione el periodo de inactividad, sino que simplemente parte de la indisposición en la salud que aleja al trabajador de la actividad; en segundo lugar, estima la sala que la firma de un contrato de trabajo no puede condicionar la libertad del ciudadano 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 albedrío. Concluye, diciendo que no se trata de una operación de cirugía estética sino de una intervención para mejorar la salud visual y la capacidad laboral del trabajador y con base en todo ello estima el recurso.

2.- Concorre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS. En efecto, en ambos casos se trata de trabajadores que se someten voluntariamente a una cirugía para corregir la miopía, permaneciendo en situación de baja un periodo de tiempo y en ambos casos la mutua deniega el abono de la prestación económica de incapacidad temporal por considerar que se trata de una operación estética que está expresamente excluida de la cartera de servicios de la seguridad social y en ambas sentencias se resuelve de forma opuesta el debate de si la operación de miopía puede o no dar lugar a la prestación económicas de incapacidad temporal.

TERCERO.- 1.- La cuestión que aquí se dilucida ya ha sido resuelta por la Sala en su STS 2/2020, de 8 de enero (Rcud. 3179/2017), a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley y porque no existen razones para modificarla.

Al respecto, el dato del que hay que partir es que tanto la miopía como el astigmatismo son, según la Organización Mundial para la Salud, enfermedades caracterizadas por problemas de visión. Hasta fechas recientes la única posibilidad de solucionar tales problemas era el uso de prótesis -gafas-. Sin embargo, en la actualidad tales enfermedades pueden ser tratadas mediante cirugía ocular con la colocación de lentes que corrigen los defectos de visión y permiten prescindir del uso de las gafas.

2.- Como ya dijimos en la aludida sentencia, el hecho de que este tratamiento quirúrgico no esté incluido en la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud, por una parte, no impide que estemos en presencia de un verdadero tratamiento médico de enfermedades oculares; y, por otra, que las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias propias, no puedan incluir tal tratamiento entre los que incorpora su propia cartera de servicios.

Si estamos en presencia de una enfermedad, aunque su específico tratamiento en la modalidad elegida por la actora no esté cubierto, ello no implica que no estemos ante una situación incapacitante para el trabajo que nadie discute. En efecto, el problema que se suscita no es, en puridad, si la situación de la actora le impide lícitamente efectuar su prestación laboral; lo que se discute es si dicha situación puede ser configurada como incapacidad temporal a efectos prestacionales. Dicho de otra forma: si la demandante tiene derecho o no al percibo del subsidio de Incapacidad Temporal.

3.- El artículo 169.1 a) LGSS establece que 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. En el caso concreto, nadie duda y, por tanto, no está sujeto a controversia el hecho de que la actora estaba impedida para el trabajo a consecuencia de las operaciones quirúrgicas a que fue sometida en ambos ojos. Tampoco resulta controvertido que la actora recibe asistencia sanitaria. Por ello la cuestión discutida radica, tal como se ha señalado, en determinar si el hecho de que dicha asistencia sanitaria haya sido prestada en la medicina privada, por no estar comprendida la misma en la cartera de servicios comunes del Servicio Nacional de Salud, le impide ser titular de la prestación discutida.

A tal efecto, la respuesta debe ser necesariamente negativa pues en el caso se dan los dos requisitos básicos para poder acceder a la prestación (situación incapacitante y tratamiento médico). La referencia a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no debe ser entendida en sentido estricto como que la misma ha de ser prestada necesariamente por la propia Seguridad Social de manera directa, lo que -por otra parte- no sería posible dada la actual estructura del servicio nacional de salud y la asunción de la asistencia sanitaria por, parte de los servicios de salud de las comunidades autónomas. La asistencia sanitaria a la que se refiere el precepto está dirigida a garantizar el control de la situación incapacitante y del adecuado tratamiento recuperador por parte de los servicios públicos de salud. De esta forma, son estos servicios los únicos competentes para emitir los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación de la misma y de alta; de suerte que lo decisivo no es si, ante una situación de enfermedad, el tratamiento sea o no financiado por los servicios públicos de salud, sino si de tal enfermedad y tratamiento se deriva una situación incapacitante para el trabajo a juicio de los servicios públicos de salud quienes, a través de sus prescripciones facultativas controlarán la concurrencia del requisito incapacitante según lo previsto reglamentariamente.

CUARTO.- La situación aquí contemplada es el que una trabajadora padecía una patología ocular configuradora de enfermedad que tiene diferentes tratamientos, alguno de los cuales -singularmente los más avanzados y modernos- no están cubiertos por el sistema nacional de salud. Ello no impide

que voluntariamente el enfermo pueda recurrir a ellos a sus expensas, pero las consecuencias temporales incapacitantes derivadas de tales tratamientos que requieren asistencia sanitaria configuran, sin dificultad, la situación protegida por el artículo 169.1 a) LGSS, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes.

En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, la buena doctrina se encuentra en la sentencia referencial lo que implica la estimación del recurso y la consiguiente casación de la sentencia recurrida, resolviendo el debate en suplicación con estimación del recurso, anulación de la sentencia de instancia y estimación íntegra de la demanda rectora de las presentes actuaciones. Y sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^ª. Lidia representada y asistida por el letrado D. Antonio Folgoso Olmo.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 2 de julio de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 2518/2019.
- 3.- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y, al efecto, anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Granada, de fecha 30 de septiembre de 2019, autos núm. 453/2018, que resolvió la demanda sobre reclamación en materia de seguridad social, interpuesta por D.^ª. Lidia frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía y Mutua Fraternidad Muprespa.
- 4.- Estimar la demanda formulada por D.^ª. Lidia frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía y Mutua Fraternidad Muprespa.
- 5.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.