



Roj: **STS 46/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:46**

Id Cendoj: **28079140012020100002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2020**

Nº de Recurso: **3179/2017**

Nº de Resolución: **2/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3179/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 2/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

En Madrid, a 8 de enero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, representado y asistido por el letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena, contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 415/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, de fecha 16 de marzo de 2016, recaída en autos núm. 42/2016, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Ofelia, frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social; Tesorería General de la Seguridad Social; Asepeyo Mutua Colaboradora con la Seguridad Social; e Hipercor, SA, sobre Seguridad Social.

Han comparecido en concepto de parte recurrida Hipercor SA, representado por el procurador D. César Berlanga Torres; D<sup>a</sup>. Ofelia, representada y asistida por el letrado D. Justo Caballero Ramos; y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de marzo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:



"PRIMERO.- Que Ofelia 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".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por D<sup>ÑA</sup>. Ofelia , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA 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".

**SEGUNDO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Asepeyo Mutua Colaboradora con la Seguridad Social N° 151 ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de junio de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"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 D<sup>ña</sup>. Ofelia 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".

**TERCERO.**- Por la representación de Asepeyo Mutua Colaboradora con la Seguridad Social N° 151 se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 29 de febrero de 2016, recurso n° 19/2016.

**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 la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por el letrado D. Justo Caballero Ramos en representación de D<sup>a</sup>. Ofelia , y por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en representación del 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 8 de enero de 2020, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Constituye el objeto del presente recurso de casación unificadora determinar si la demandante tiene derecho a la prestación de Incapacidad Temporal en un supuesto en el que se sometió, voluntariamente en una clínica privada, a una operación quirúrgica en ambos ojos consistente en extracción del cristalino con implante de lentes intraoculares al objeto de eliminar la presbicia y la hipermetropía con astigmatismo que



padecía; teniendo en cuenta que se trata de una intervención quirúrgica que no está comprendida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

**2.-** La sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2017, Rec. 417/2017, confirmando la dictada en la instancia, reconoció el derecho de la demandante a percibir el subsidio de incapacidad temporal devengado por contingencia común durante el período comprendido desde el 23 de septiembre de 2015 hasta el 11 de noviembre de 2015, condenando a la Mutua Asepeyo a hacer efectivas las prestaciones sanitarias y económicas correspondientes, con responsabilidad subsidiaria del INSS.

La actora se sometió privadamente en fechas 23 de septiembre de 2015 y 30 de septiembre de 2015 a una intervención refractaria de ambos ojos, consistente en extracción de cristalino con implante de lente intraocular, también llamada "lesentomía refractaria", al objeto de eliminar la presbicia y la hipermetropía media con astigmatismo que padecía. Asepeyo defendió que no procedía el abono de la incapacidad temporal por no estar incluido el tratamiento recibido en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. La Sala de suplicación desestimó el recurso, razonando que la demandante se sometió a la intervención refractaria de ambos ojos al objeto de eliminar la presbicia y la hipermetropía media con astigmatismo que padecía y procedía declarar su derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal, por más que la sanidad pública no asumiera el coste de la intervención.

**SEGUNDO.- 1.-** La Mutua condenada interpuso el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina y, para sostener su viabilidad, propuso como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de febrero de 2016, Rec. 19/2016. Esta resolución, con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la actora, confirmó la sentencia de instancia que denegó la existencia de situación de incapacidad temporal protegida por el sistema de Seguridad Social, basándose en el hecho de que, que pese a la existencia de parte de baja médica para la convalecencia tras la intervención quirúrgica de corrección de miopía, no hay en sentido estricto asistencia sanitaria a cargo del sistema de Seguridad Social al estar la intervención quirúrgica en cuestión expresamente excluida de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud según el Real Decreto 1030/2006.

**2.-** Concorre, a juicio de la Sala, la contradicción exigida en el artículo 291 LRJS, tal como informa el Ministerio Fiscal y no niegan las partes recurridas. En efecto, las sentencias comparadas llegan a soluciones distintas sobre unos hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales al resolver sobre el derecho a percibir el subsidio de incapacidad temporal tras el sometimiento de ambas demandantes a intervenciones quirúrgicas similares (corrección de presbicia, astigmatismo e hipermetropía en la recurrida y corrección de miopía en la referencial). Esta desestima la pretensión por no estar incluida la intervención de corrección de la miopía en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud aprobado por Real Decreto 1030/06, mientras que la recurrida entiende que procede el reconocimiento por más que la sanidad pública no asumiera el coste de la intervención quirúrgica.

**TERCERO.- 1.-** Denuncia la Mutua recurrente en su recurso infracción del artículo 169 LGSS (anteriormente el artículo 128) de dicha ley, en relación con el RD 1030/2006 de 15 de septiembre y con el artículo 103 RD 2065/1974, de 30 de mayo. Al efecto cita la STS de 21 de febrero de 2012 (Rcud. 769/2011), a la que luego haremos oportuna referencia. Sostiene, en síntesis, la recurrente que, dado que la intervención quirúrgica que da origen a la convalecencia incompatible con la realización del trabajo está excluida de la cartera de servicios del sistema nacional de salud, la recta interpretación del artículo 169 LGSS impide que se genere el derecho al subsidio.

**2.-** El dato del que hay que partir, a juicio de la Sala, es que tanto la hipermetropía como el astigmatismo y la presbicia son, según la Organización Mundial para la Salud, enfermedades caracterizadas por problemas de visión conocidos como errores refractivos. Hasta fechas recientes la única posibilidad se 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.

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 no 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.- 1.-** La situación que aquí se contempla es radicalmente distinta de la examinada por esta Sala en su STS de 21 de febrero de 2012 (Rcud. 769/2011). En dicho supuesto, al contrario del que aquí examinamos, nos enfrentamos ante una intervención quirúrgica que no derivaba de ningún accidente, laboral o no, de ninguna enfermedad ni de malformación congénita de clase alguna. Se trataba de una intervención de cirugía estética que, por ende, no guardaba ningún tipo de relación con aspecto alguno de la salud de la trabajadora que hubiera hecho aconsejable la misma. Por ello la Sala entendió que estábamos en presencia de una cirugía puramente estética, excluida del sistema de la sanidad pública y cuyas consecuencias derivan de una decisión personal que nada tenía que ver con la salud; por ello, la Sala entendió que faltaba el requisito objetivo de la necesidad de asistencia sanitaria pues ni hubo complicaciones derivadas de la cirugía, ni patología alguna ligada con la misma; por lo que entendió que tal tipo de intervención estética y su recuperación implicaban unos costes que no debían ser asumidos por el erario público.

Diferente es la situación aquí contemplada en el que la 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.

**2.-** En consecuencia, tal como informa el Ministerio Fiscal, la buena doctrina se encuentra en la sentencia recurrida lo que implica la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, deben imponerse las costas a la recurrente que se fijan en la cantidad de 1500 euros.

## FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por ASEPEYO, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 151, representado y asistido por el letrado D. José Luis Puig Gómez de la Bárcena.

2.- Confirmar sentencia dictada el 21 de junio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 415/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado



de lo Social núm. 26 de Madrid, de fecha 16 de marzo de 2016, recaída en autos núm. 42/2016, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Ofelia , frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social; Tesorería General de la Seguridad Social; Asepeyo Mutua Colaboradora con la Seguridad Social; e Hipercor, SA, sobre Seguridad Social.

3.-Imponer las costas a la parte recurrente en la cuantía de 1.500 euros

4.- Determinar la pérdida del depósito y las consignaciones efectuadas para recurrir a las que se les dará el destino legalmente previsto.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ