



## **CRITERIO INTERPRETATIVO 4/2024 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE PERCIBIR EL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN CASO DE SOMETERSE A UN TRATAMIENTO MÉDICO NO INCLUIDO EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.**

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha solicitado criterio jurídico a esta Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), de conformidad con las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social que le corresponden, sobre la posibilidad de percibir el subsidio de incapacidad temporal (IT) en caso de someterse a una intervención o tratamiento médico que no esté incluido entre las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (SNS).

### **Planteamiento**

Ese Instituto ha venido denegando el derecho a percibir el subsidio de IT en aquellos supuestos en los que la situación de incapacidad deriva de intervenciones o tratamientos médicos no incluidos en la cartera común de servicios del SNS siguiendo el Criterio de gestión 51/1995-96.

En el mencionado Criterio, se establece que:

*“(...) la prestación económica por incapacidad temporal debe derivarse siempre de un proceso incapacitante, por enfermedad común o accidente, cuya asistencia médica esté comprendida dentro de la que, de acuerdo con el contenido del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, presta el Sistema Nacional de Salud (actualmente 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).*

*Cualesquiera otras situaciones que, aun impidiendo temporalmente el trabajo, no estén dentro de las protegidas a través de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social -las listadas en el Anexo III del Real Decreto citado-, no podrán en ningún caso ser determinantes de incapacidad temporal ni dar origen a las prestaciones económicas previstas en el artículo 129 LGSS.*

*Lo expuesto no supone, sin embargo, que en las situaciones protegibles por la asistencia sanitaria del Sistema se impida al trabajador ejercer su derecho a recibirla por medios privados, sin pérdida de las prestaciones económicas derivadas de su temporal incapacidad para el trabajo, siempre que el control de la situación se realice por el INSS u organismo autónomo que tenga transferidas las competencias en materia sanitaria”.*

En aplicación de este Criterio, el INSS ha venido considerando como excluidas de la percepción del subsidio de IT, las situaciones de incapacidad derivadas de las operaciones de vista (hipermetropía, astigmatismo, presbicia...) al no encontrarse comprendidas en el catálogo de cirugías cubiertas por el SNS, establecido en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en las sentencias STS 46/2020, de 8 de enero de 2020 y STS 3792/2023, de 19 de septiembre de 2023, se ha pronunciado en un sentido diferente al criterio de gestión aplicado por el INSS, al reconocer el derecho de dos trabajadoras a percibir el subsidio de IT tras operarse de la vista, aún sin estar la cirugía practicada incluida entre las prestaciones del SNS.

El Tribunal Supremo argumenta, en definitiva, que se trata de enfermedades oculares que generan una verdadera situación incapacitante, y que el hecho de no estar cubiertas por el SNS no debe suponer una exclusión de la percepción del subsidio de IT, si se cumplen los requisitos legales previstos en el artículo 169 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- en adelante, TRLGSS-.

El INSS, que comparte esta argumentación, solicita informe a este Centro Directivo sobre la procedencia de asumir la jurisprudencia del Tribunal Supremo en estos casos.

### **Criterio de la DGOSS**

El artículo 3.1 del RD 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones atribuye a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social la realización de las funciones de ordenación jurídica del sistema

de la Seguridad Social, elaborando e interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad.

## I. La protección de la salud

En primer término, cabe recordar que el artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud, así como la competencia de los poderes públicos para *“organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (...)”*.

Dentro del ámbito propio de la Seguridad Social, la asistencia sanitaria se configura como una prestación más del sistema, expresamente reconocida en el artículo 42.1 a) del TRLGSS, de tal forma que, la acción protectora de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional, y de accidente, sea o no de trabajo.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud define el catálogo de prestaciones del sistema, así como la *“cartera común de servicios”*, siendo esta última *“el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias”*. La cartera incluye todos aquellos servicios necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a todos los usuarios del SNS.

La definición concreta de las prestaciones que de forma efectiva se prestan a los ciudadanos para garantizar la protección de su salud viene establecida por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización. En el mismo, se determinan aquellas prestaciones incluidas en el SNS, así como aquellas otras que, por el contrario, quedan excluidas.

En el Anexo III de la norma, dentro de la cartera común de servicios de la atención especializada, el apartado quinto dispone:

*“5. Indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos.*

*Se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo.*

*(...)*

*Enfermedades del sistema nervioso y de los órganos de los sentidos: enfermedades inflamatorias del sistema nervioso central, enfermedades hereditarias y degenerativas del sistema nervioso central, otros trastornos del sistema nervioso central, trastornos del sistema nervioso periférico, trastornos del ojo y de los anexos (incluida la terapia fotodinámica para prevenir la pérdida visual en pacientes con neovascularización coroidea subfoveal predominantemente clásica secundaria a degeneración macular asociada a la edad o a miopía patológica, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud y **excluida la corrección de los defectos de refracción por medios optométricos y quirúrgicos**) y enfermedades del oído y proceso mastoideo.*

*(...)”.*

## **II. Criterio de gestión del INSS**

Esa Entidad Gestora ha seguido el Criterio de gestión 51/1995-96 en el que se establece que:

*“(...) La prestación económica por incapacidad temporal debe derivarse siempre de un proceso incapacitante, por enfermedad común o accidente, cuya asistencia médica esté comprendida dentro de la que, de acuerdo con el contenido del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, presta el Sistema Nacional de Salud (actualmente 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).*

*Cualesquiera otras situaciones que, aun impidiendo temporalmente el trabajo, no estén dentro de las protegidas a través de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social -las listadas en el Anexo III del Real Decreto citado-, no podrán en ningún caso ser determinantes de incapacidad temporal ni dar origen a las prestaciones económicas previstas en el artículo 129 LGSS.*

*Lo expuesto no supone, sin embargo, que en las situaciones protegibles por la asistencia sanitaria del Sistema se impida al trabajador ejercer su derecho a recibirla por medios privados, sin pérdida de las prestaciones económicas derivadas de su temporal incapacidad para el trabajo, siempre que el control de la situación se realice por el INSS u organismo autonómico que tenga transferidas las competencias en materia sanitaria”.*

Según este Criterio, existirá el derecho a percibir el subsidio de IT cuando se trate de prestaciones incluidas en el SNS, aunque el trabajador las reciba por medios privados. Si el proceso de incapacidad derivase de una intervención, tratamiento o cirugía no incluida en el SNS – como ocurre con las operaciones de vista-, no se tendría derecho al subsidio correspondiente.

Ha sido criterio del INSS, por tanto, entender que aquellas operaciones de vista motivadas por trastornos oculares como la hipermetropía, astigmatismo, presbicia...etc., al no estar incluidas en el SNS según la redacción del Real Decreto 1030/2006, no generan derecho a la percepción del subsidio de incapacidad temporal previsto en la legislación de Seguridad Social.

### **III. Jurisprudencia**

Frente a ello, la referida sentencia STS 3792/2023, de 19 de septiembre de 2023 – que viene a confirmar la doctrina de la sentencia anterior STS 46/2020, de 8 de enero de 2020- reconoce el derecho a cobrar el subsidio de IT a una trabajadora que se había sometido a una operación de miopía y astigmatismo en un centro sanitario de carácter privado, y que le había sido denegado por la Mutua por considerar que el origen de la incapacidad es una prestación no financiable por la Seguridad Social y tratarse de una intervención puramente estética.

Al respecto, establece la mencionada sentencia:

*“(...) 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 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.*

*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.*

*(...)”*

#### **IV. Requisitos legales**

Desde un punto de vista legal, el **artículo 169 del TRLGSS** establece que tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: *“a) 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 (...)”* Por tanto, debe cumplirse con ambos requisitos legales: de un lado, debe existir una situación de incapacidad, y de otro, debe recibirse asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

En lo que respecta al supuesto de hecho concreto, la sentencia argumenta que:

*“(...) 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 (...). **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 emitirlos 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.***

Se trata de determinar, en definitiva, si en aquellos supuestos en los que se practiquen cirugías por defectos de vista, se genera derecho a percibir el subsidio de IT, aunque dichas cirugías no estén incluidas entre las prestaciones del SNS.

El primer requisito legal que exige el artículo 169 del TRLGSS, es que la situación de incapacidad derive de un accidente o enfermedad, ya sea de origen común o profesional. En el supuesto que nos ocupa, podemos asumir que existe una enfermedad - ocular - que origina el proceso incapacitante del trabajador. Es importante tener en cuenta, tal y como sostiene el Tribunal Supremo, que la miopía, hipermetropía, astigmatismo... así como otras patologías similares, son calificadas por la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) como “enfermedades oculares”, lo que excluye la posibilidad de considerar estas cirugías oculares como intervenciones puramente estéticas.

Así, dichas cirugías no tienen, como norma general, el objetivo de corregir un defecto estético, sino de lograr el correcto funcionamiento del órgano de la vista. El hecho de que existan otros tratamientos alternativos – como el uso de lentes o gafas- menos invasivos y más accesibles, no hace cambiar el carácter de las cirugías oculares hasta el punto de considerarlas “estéticas”, puesto que entraríamos en el estricto ámbito personal de cada uno que de forma libre decide el tratamiento que quiere seguir, ni dejan de ser calificados tales defectos de refracción de la vista como verdaderas enfermedades.

Respecto al segundo requisito legal relativo a la necesidad de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social durante el proceso de incapacidad, debemos asumir igualmente la doctrina del Tribunal Supremo, cuando afirma que lo relevante es el control que se realiza de dicha IT. Los facultativos de los Servicios Públicos de Salud son los encargados de emitir los partes de baja, confirmación de baja y alta en los procesos de incapacidad derivados de contingencias comunes, controlando en todo momento que el trabajador se encuentra incapacitado para el trabajo. Estas facultades de control, materializadas en la emisión de los mencionados partes, se ostentan y ejercen con independencia de que el trabajador esté recibiendo la asistencia sanitaria del propio SNS, o a través de medios privados. En aquellos supuestos en los que un trabajador reciba la asistencia sanitaria por medios privados, siempre que cumpla con el resto de los requisitos del artículo 169 del TRLGSS, tendrá derecho a percibir el subsidio de IT, estando sometido al control que los médicos del Servicio Público de Salud hagan de su proceso de incapacidad a través de los mencionados partes.

Por ello, en el caso que nos ocupa, también debemos considerar que se cumple el requisito legal de recibir asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social, porque los procesos de IT derivados de las cirugías oculares serán controlados – como cualquier otra patología- por los Servicios Públicos de Salud, con independencia de que el tratamiento se lleve a cabo en el ámbito de la sanidad privada.

En definitiva, este Centro Directivo considera que se cumplen los requisitos legales del artículo 169 del TRLGSS, no existiendo impedimento, por tanto, para asumir la doctrina del Tribunal Supremo, en concordancia con el parecer del INSS.

## **Conclusiones**

**De acuerdo con lo expuesto, este Centro Directivo no ve obstáculos en que pueda percibirse el subsidio de incapacidad temporal en aquellos casos en los que la situación incapacitante derive de cirugías por enfermedades oculares como la miopía o el astigmatismo.**



**Entiende esta Dirección General que, lo verdaderamente determinante, no es el hecho de que tal operación se encuentre incluida o no en el Sistema Nacional de Salud, sino que exista una situación real de incapacidad para el trabajo, y que ésta sea objeto de control por parte de los facultativos del Servicio Público de Salud correspondiente, dando así cumplimiento a los requisitos legales exigidos por el artículo 169 del TRLGSS.**