

LA ORDENACIÓN DE LA CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Portfolio management service national health system and the right to temporary disability benefit

OLIMPIA DEL ÁGUILA CAZORLA

Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid. E-mail: olimpiadelaguila@der.ucm.es

RESUMEN

El artículo 128 de la Ley General de Seguridad Social establece los requisitos para el reconocimiento del derecho a la prestación por Incapacidad Temporal. Entre éstos, el ser atendido por los servicios públicos de salud es el que plantea una mayor indefinición. La ordenación del ámbito objetivo de la asistencia sanitaria actúa como elemento determinante del hecho causante de la prestación por Incapacidad Temporal. La aplicación de este criterio objetivo desplaza el criterio de voluntariedad, de manera que se causará derecho a la prestación por Incapacidad Temporal una vez comprobada la inclusión de la patología en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. El requisito objetivo para declarar el derecho a una prestación por incapacidad temporal de ser atendido por la asistencia sanitaria pública genera un problema de desigualdad cuando la prestación sanitaria está incluida en la cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas. Article 128 of Ley General de la Seguridad Social establishes requirements for the recognition of the right to temporary disability benefit. Among these, be treated by the public health services is the one that posed greater uncertainty. The objective rules of the health care field acts as a determinant of the fact causing the temporary disability benefit. Applying this objective standard shifts the test of voluntariness, so as to be eligible for Temporary Disability Benefit after verifying the inclusion of pathology in the portfolio of services of the National Health System. The requirement for declaring the right to temporary disability benefits requires to be served by the public health care, creates a problem of inequality when health provision is included in the portfolio of complementary services of the Comunidades Autónomas.

PALABRAS CLAVE: SEGURIDAD SOCIAL. ASISTENCIA SANITARIA. INCAPACIDAD TEMPORAL. SEGURO SOCIAL. SAÚDE. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA.

ABSTRACT

Article 128 of the General Social Security Act establishes requirements for the recognition of the right to temporary disability benefit. Among these, to be attended by public health services is posed by greater uncertainty. The management objective of the healthcare field acts as a key element of the event causing temporary disability allowance. Applying this objective standard shifts the criterion of voluntariness, so as to be eligible for temporary disability benefit after verifying the inclusion of pathology in the service portfolio of the National Health System. The aim to declare the right to temporary disability benefits being attended by public health care creates a problem of inequality as health provision is included in the portfolio of complementary services of the Autonomous Communities requirement. Article 128 of the General Law on Social Security Establishes requirements for the recognition of the right to temporary disability benefit. Among these, You be Treated by the public health services is The One That posed Greater uncertainty. The objective rules of the health care field acts as a determinant of the fact Causing the temporary disability benefit. Applying esta objective standard shifts the test of voluntariness, so as to be eligible for Temporary Disability Benefit after verifying the inclusion of pathology in the portfolio of services of the National Health System. The requirement for declaring the right to temporary disability benefits requires to be served by the public health care, a problem of inequality Creates When health provision is included in the portfolio of complementary services of the Autonomous Communities

KEYWORDS: SOCIAL SECURITY. HEALTH CARE. TEMPORARY DISABILITY

SUMARIO: 1. La asistencia sanitaria pública como requisito configurador de la incapacidad temporal. 2. Ámbito objetivo de la asistencia sanitaria. 3. La reforma de la asistencia sanitaria: el real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de Abril. 4. El requisito objetivo de la inclusión en la cartera común de servicios versus el requisito subjetivo de la involuntariedad. 5. El principio de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias y su repercusión en la protección por incapacidad temporal. 6. La suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal. Conclusión. Bibliografía.

1. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA COMO REQUISITO CONFIGURADOR DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

El derecho a la protección por incapacidad temporal requiere para su reconocimiento, según establece el artículo 128 LGSS, una alteración de la salud que precise asistencia sanitaria por los Servicios Públicos Sanitarios y que por su gravedad o naturaleza impida al trabajador continuar prestando sus servicios profesionales durante un periodo de tiempo determinado, sin perjuicio de los periodos de observación por enfermedad profesional.

De entre todos los elementos que configuran el derecho a la prestación por incapacidad temporal, el derivado de la necesidad de un reconocimiento previo del derecho a la asistencia sanitaria pública, es el que plantea una mayor indefinición. Del tenor literal de la norma, que continúa remitiéndose a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, junto a las profundas modificaciones legislativas que han venido operando sobre el derecho a la protección de la salud y la propia evolución jurisprudencial en esta materia, se desprende la necesidad de una valoración analítica de dicho requisito.

El derecho a la protección a la salud aparece recogido en el artículo 43 de la Constitución. El diseño constitucional en materia sanitaria parte de la reserva al Estado de dos importantes títulos competenciales: las bases y la coordinación general de la Sanidad (artículo 149.1.16 de la Constitución). A través de esta reserva competencial el sistema público de salud garantiza la equidad territorial, al partir de la facultad que se brinda al Estado para, a través de la legislación básica, establecer el modelo sanitario, garantizar un sistema público de asistencia sanitaria y, significativamente, fijar el ámbito objetivo del derecho a la asistencia sanitaria mediante el establecimiento de un contenido mínimo e igual de las prestaciones para todo el territorio nacional. Por su parte, las Comunidades Autónomas en base a las competencias de ejecución y desarrollo legislativo en materia de asistencia sanitaria reconocidas en el artículo 148.1.21^a, crearon sus servicios de salud autónomos y desarrollaron su propia normativa autonómica en materia de organización, gestión y prestación de la asistencia sanitaria, (con la única excepción de Ceuta y Melilla donde la Administración central del Estado gestiona directamente la asistencia sanitaria a través del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, (INGESA)). La Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad, regula la estructura y organización del sistema sanitario de las Comunidades Autónomas.

En el desarrollo de la estructura y organización de la gestión de la asistencia sanitaria jugó un papel fundamental la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta disposición, de carácter básico, tiene como objeto, según dispone el artículo 1 de dicha Ley, establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias. La coordinación y cohe-

sión del sistema se ordena a través de los mecanismos contemplados en esta ley: el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la regulación del catálogo de prestaciones sanitarias y el establecimiento del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria.

2. ÁMBITO OBJETIVO DE LA ASISTENCIA SANITARIA

El marco normativo que regula las prestaciones ofrecidas por el sistema público de salud se establece a partir de las reglas sobre prestaciones sanitarias contenidas en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS y 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. La Ley 16/2003 fija la estructura básica y los contenidos fundamentales de la atención sanitaria que dispensa nuestro sistema público de salud. Según el artículo 7 de la Ley 16/2003, las prestaciones sanitarias comprendidas en el Catálogo son las de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención socio-sanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Esta cobertura había que interpretarla en relación con lo establecido por el Real Decreto 1.030/2.006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y del procedimiento para su actualización, de manera que las prestaciones sanitarias no desarrolladas en el Real Decreto 130/2006 quedaban fuera del ámbito objetivo de protección del Sistema Nacional de Salud. En todo caso, y dado el carácter básico del catálogo de prestaciones las CCAA no pueden excluir ninguna prestación incluida en el mismo.

3. LA REFORMA DE LA ASISTENCIA SANITARIA: EL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL

La crisis financiera y económica internacional ha servido de justificación a toda una batería de políticas basadas en la reducción del gasto público y la asistencia sanitaria no ha sido excepción. El Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para Garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y Mejorar la Calidad y Seguridad de sus Prestaciones plantea una reforma radical del sistema, hasta el punto de poder interpretar la reforma como el establecimiento de un nuevo modelo de asistencia sanitaria pública que recupera el Seguro de Enfermedad, que se entendía absolutamente superado en aras de la consecución de un derecho universal a la asistencia sanitaria.

El eje más radical de la reforma y que fundamenta el cambio de modelo es la modificación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. Con esta nueva normativa se abandona definitivamente la aspiración universalista del derecho a la sanidad. A partir del Real Decreto-Ley 16/2012, se recuperan los antiguos con-

ceptos de asegurado y beneficiario del asegurado, de forma que va a ser la inclusión en el sistema de seguridad social el requisito determinante para el nacimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Recuerda esta nueva estructura a la Ley de 14 de diciembre de 1.942 por la que se constituyó el Seguro Obligatorio de Enfermedad, (SOE), y en el que quedaba asociada la prestación sanitaria a los riesgos derivados del trabajo y por tanto, se integraban en el sistema de salud únicamente los trabajadores, sus familiares (beneficiarios) y los pensionistas.

La Constitución produce una disrupción en la evolución del sistema preexistente. Tanto el artículo 43 como el artículo 49 de la Constitución reconocen el derecho a la protección de la salud a todos los ciudadanos, y así lo interpreta la Ley General de Sanidad de 1.986, que asume los principios constitucionales reconociendo el derecho a la protección de la salud a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España. Aún sin plena efectividad, este principio fue reiterado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Acorde con este principio de universalidad, la Ley 24/1997, de 15 de julio, configuró la asistencia sanitaria como una prestación no contributiva de la seguridad social, y se estableció que su financiación corriera a cargo de los presupuestos generales del Estado. Posteriormente, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, continúa esta línea excluyendo las cotizaciones como fuente de financiación del sistema sanitario.

El último peldaño legislativo en la construcción del derecho a la asistencia sanitaria como un derecho universal lo constituyó la ley 33/2.011, de 4 de octubre, general de salud pública. Trató esta norma de terminar de cubrir las lagunas de protección en la cobertura sanitaria que todavía afectaban a algunos colectivos, fundamentalmente dos, los parados de larga duración que agoten la prestación o el subsidio de desempleo y algunos grupos de trabajadores por cuenta propia que contaban con mutualidades propias y no tenían la obligación de afiliarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La Disposición Adicional Sexta de esta Ley integra a estos dos colectivos, y de manera automática a los parados de larga duración y con una ampliación paulatina para el resto de sectores de acuerdo con la evolución presupuestaria que permitiera la extensión del derecho al resto de colectivos.

Esta construcción de un sistema sanitario de carácter público, vocación universal, y financiada a cargo de los presupuestos generales fue interrumpida bruscamente con la publicación del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. El eje básico de esta disposición consiste en la vinculación del derecho a la asistencia sanitaria pública a la afiliación al sistema de seguridad social.

Con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria deja de recaer en el ciudadano para pasar al trabajador. Se recupera así, el concepto de asegurado, que parecía ya definitivamente superado, desandando así el camino emprendido hacia la universalización del derecho a la sanidad, que en última instancia no es otra cosa que el derecho a la salud.

El Real Decreto-Ley 16/2012 también modifica la ordenación de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud e incorpora una serie de medidas en relación con la prestación farmacéutica, como la prescripción por principio activo en patologías agudas y primeras prescripciones de enfermedades crónicas, la ampliación de los supuestos de exclusión de la lista de medicamentos mediante resolución del Ministerio de Sanidad y la introducción del copago farmacéutico según el nivel de renta del asegurado.

El ámbito objetivo de protección en materia de asistencia sanitaria viene determinado por el catálogo de servicios y prestaciones que contemple el Sistema Nacional de Salud y viene establecido por lo dispuesto en el Capítulo I de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por el Real Decreto-ley nº 16/2012, de 20 de abril.

El Real Decreto-Ley 16/2012 clasifica la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud en tres modalidades, esto es, la *Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud* (servicios de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se dispensan en centros sanitarios o socio sanitarios, así como el transporte sanitario urgente), la *Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud* (prestaciones cuya provisión se realiza mediante prestación ambulatoria incluyendo prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, prestación con productos dietéticos y transporte sanitario no urgente prescrito por un facultativo por razones clínicas y *Cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud*, (actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico). La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (básica, suplementaria y accesoria) se acuerda en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para cada ejercicio, se aprobará mediante Real Decreto y se actualizará por Orden ministerial. Las CCAA, en el ámbito de sus competencias, aprobarán sus respectivas carteras de servicios complementaria, que incluirán como mínimo la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, (artículo 8 quinquies de la Ley 16/2003, de 28 de mayo).

4. EL REQUISITO OBJETIVO DE LA INCLUSIÓN EN LA CARTERA COMÚN DE SERVICIOS VERSUS EL REQUISITO SUBJETIVO DE LA INVOLUNTARIEDAD

El derecho de seguros nos exige que, para que un riesgo pueda ser asegurado, debe tratarse de un hecho incierto, futuro y, por tanto, no cabe el aseguramiento de acontecimientos en cuyo origen se encuentre el comportamiento voluntario del asegurado. Consecuentemente con el criterio de involuntariedad en la actualización del riesgo, se ha venido interpretando restrictivamente el acceso a la prestación por Incapacidad Temporal derivado situaciones muy diversas tales como de la práctica de deportes de riesgo, drogodependencia y alcoholismo, la cirugía estética, el

tratamiento de infertilidad para mujeres sin pareja o lesbianas. Cada una de estas situaciones ha tenido una evolución y una respuesta jurisprudencial diferente que requieren de un análisis valorativo singular.

El artículo 128 de la LGSS vincula la protección por incapacidad temporal a aquellas situaciones derivadas de enfermedad común o profesional, así como a los accidentes sean o no de trabajo, en las que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y durante el periodo que el trabajador esté impedido para el trabajo.

La interpretación que otorguemos al requisito relativo a la asistencia sanitaria condicionará la amplitud del ámbito objetivo de la prestación por incapacidad temporal. En sentido estricto, esto es, entendiendo que la mención a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social limita la protección por Incapacidad Temporal a aquellas situaciones que son objeto de atención por el sistema público de sanidad, excluye de su espacio de aplicación cualquier patología que, independientemente de que origine o no una limitación en la capacidad laboral del trabajador, no vea autorizado su tratamiento por los servicios públicos de salud.

En cualquier caso habría que considerar que la mención a los servicios sanitarios de la seguridad social se entiende realizada al Sistema Nacional de Salud, y por tanto, será su propia normativa reguladora la que determine el acceso a la protección por incapacidad temporal. No cabe suponer con esto que se produce una merma de la libertad de elección del trabajador para optar entre el sistema sanitario público o privado como pareció entender alguna resolución judicial, como la sentencia 3253/2007, de 18 de diciembre del TSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª) que entre otras argumentaciones señala que “el trabajador bien puede preferir ser tratado por una instancia privada, a su coste, sin que esta decisión haya de condicionar su derecho al subsidio cuando consta acreditada su incapacidad para la actividad”. No es el hecho de la incapacidad para el trabajo el fundamento del subsidio de incapacidad temporal que, así entendido, hiciera irrelevante quien es el sujeto que soporta el coste de la asistencia sanitaria sino que es la posibilidad de tratamiento por el sistema sanitario público de una patología que da origen a esa incapacidad real para trabajar lo que determina el nacimiento del derecho a la incapacidad temporal. Este derecho de elección entre el sistema sanitario público y el privado se mantiene en todo caso pero respetando la inclusión del tratamiento en la cartera común de servicios como requisito configurador del acceso a la prestación por incapacidad temporal.

La cirugía por motivos meramente estéticos no está incluida en la protección otorgada por el Sistema Nacional de Salud. El sistema de sanidad público excluye la posibilidad de que este tipo de intervenciones puedan formar parte de la cartera de servicios comunes. En este sentido, el 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 indica, en su artículo

4.a) 3º, que no podrán ser incluidos aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que no tengan su origen en accidentes, enfermedades o malformaciones congénitas, como es el caso de la cirugía puramente estética y no con finalidad reparadora. Más elocuente es el apartado 4º del mismo artículo que rechaza explícitamente la inclusión, entre otros, de aquellos procedimientos que tengan como finalidad la mera mejora estética o cosmética.

En consecuencia, hemos de considerar que la LGSS contiene una remisión explícita a la normativa sanitaria de carácter público, y por tanto, únicamente será posible causar derecho a una incapacidad temporal si el trabajador supera el filtro de la normativa sanitaria porque su tratamiento esté contemplado en la cartera de servicios del sistema público sanitario.

Esta cuestión ha sido definitivamente resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de febrero de 2.012. En esta sentencia, el Tribunal Supremo rechaza considerar la cirugía realizada por motivos puramente estéticos como causa del reconocimiento a la incapacidad temporal, de manera que la cirugía estética a la que el paciente se somete de manera voluntaria y sin vinculación alguna con un accidente, enfermedad o malformación congénita no genera derecho a una declaración del derecho a disfrutar de un subsidio económico que supla los salarios dejados de percibir a causa de dicha intervención quirúrgica. La fundamentación de esta exclusión no gira tanto en la vinculación del derecho a la incapacidad temporal con las prestaciones sanitarias incluidas en la cartera de servicios sino que su principal argumentación se basa en la voluntariedad del trabajador a la hora de enfrentar una intervención de este tipo. La incertidumbre actuará como elemento de exclusión de la protección incluso en el caso hipotético de que el sistema de salud pública decidiera integrar la cirugía estética en su catálogo de prestaciones.

El rechazo del Tribunal Supremo a la inclusión de las operaciones de cirugía estética por carecer del requisito de involuntariedad se desarrolla a partir de la consideración de que el artículo 128. 1 a) de la Ley General de Seguridad Social estipula como elemento constitutivo del derecho al reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal que ésta tenga su origen en una enfermedad común o profesional, o un accidente. En los supuestos de cirugía estética no puede apreciarse que el origen esté amparado en una de estas contingencias determinantes de la situación de incapacidad temporal, ya en estos casos no existe una patología previa a la cirugía. A salvo quedan, por supuesto, las intervenciones quirúrgicas que deriven directamente de un accidente o de una enfermedad, o como tratamiento de una malformación congénita. Asimismo hay que considerar incluidas aquellos tratamientos quirúrgicos que, aún cuando tienen una finalidad estética, pretenden remediar patologías de carácter psiquiátrico, toda vez que dentro del concepto de enfermedad quedan integradas tanto las alteraciones de la salud de carácter físico como psíquico.

Íntimamente conectado con lo anterior, el Tribunal Supremo considera la involuntariedad en el acceso a la situación de incapacidad del trabajador para

prestar sus servicios profesionales como requisito constitutivo de la protección económica por incapacidad temporal. La libertad del trabajador para someterse a este tipo de cirugías no puede entenderse incluidas dentro del concepto de situaciones de necesidad que, según el artículo 41 de la Constitución, integra el ámbito de protección de nuestro sistema público de seguridad social. Las contingencias protegidas en el artículo 128 de la Ley General de Seguridad Social son aquellas enfermedades o accidentes que se han producido de manera involuntaria, esto es, el riesgo origen de la contingencia protegida debe ser una situación o hecho futuro e incierto y no una decisión individual del trabajador. Por este mismo motivo, sí se reconoce la protección por incapacidad temporal a aquellos sujetos que, habiéndose sometido a una cirugía estética y por tanto excluida de protección, sufren complicaciones en el postoperatorio o en el periodo de recuperación de la cirugía, ya que nos encontraríamos con el elemento de involuntariedad necesario para originar el reconocimiento a la prestación por incapacidad temporal.

Por último, el Tribunal Supremo no olvida la necesaria adecuación de la acción protectora del sistema de seguridad social a los condicionantes económicos y por las opciones de política legislativa. La financiación de prestaciones de incapacidad temporal que cubran los procesos derivados de esta clase de intervenciones quirúrgicas desborda los límites del concepto de situación de necesidad que conforman nuestro sistema.

5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS Y SU REPERCUSIÓN EN LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

La configuración de la estructura del Sistema Nacional de Salud en una organización descentralizada exigió el establecimiento de mecanismos que garantizaran la igualdad efectiva de los ciudadanos en el acceso a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, independientemente del lugar de residencia del beneficiario. Desde el inicio del diseño de nuestro sistema de salud, este principio de igualdad se ha venido reconociendo en las sucesivas disposiciones reguladoras de esta materia. Así, la Ley General de Sanidad, en su artículo 3.2 señala que “La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva” y las posteriores normativas básicas en materia sanitaria han venido reiterando esta garantía de acceso en condiciones de igualdad con diferentes redacciones, hasta el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que en su Exposición de Motivos destaca como objetivo de la reforma operada con dicha norma garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios.

Este derecho a la igualdad efectiva de acceso a las prestaciones sanitarias

se ve alterado por la posibilidad de que las CCAA, en el ámbito de sus competencias, aprueben sus respectivas carteras de servicios complementarias a las ofrecidas por la cartera común de servicios, (artículo 8 quinquies de la Ley 16/2003, de 28 de mayo). Las Comunidades Autónomas son libres, con la única limitación de dotar de la suficiente financiación, para asumir los procedimientos sanitarios que consideren necesario ofrecer a su población.

En la medida en que esta cartera complementaria de las Comunidades Autónomas está integrada en la cartera de servicios del sistema nacional de salud, hay que entender que la remisión hecha a la asistencia sanitaria de la seguridad social, incluye los procedimientos y técnicas o tecnologías incluidas en la cartera complementaria de las comunidades autónomas.

Las consecuencias en el ámbito de la seguridad social de esta estructura normativa son cuestionables, toda vez que implican una brecha en el principio de igualdad. El artículo 128 de la Ley General de Seguridad Social exige como requisito para acceder a la prestación por incapacidad temporal que el trabajador reciba asistencia sanitaria pública, y es incuestionable que la financiada por las Comunidades Autónomas tiene esa condición. Estarían por tanto comprendidas en el ámbito de dicho artículo las prestaciones sanitarias ofrecidas en el ámbito de sus competencias por las Comunidades Autónomas.

Los resultados son inasumibles, en cuanto a que producen una quiebra de la igualdad de los trabajadores en relación con la seguridad social. En el caso de que una Comunidad Autónoma llegado el caso, financiara un tratamiento quirúrgico, y no fuera así contemplado por las restantes Comunidades Autónomas, sólo los trabajadores residentes en la primera tendrán acceso a la prestación por incapacidad temporal.

La falta de definición de la redacción de este artículo, producto de la evolución histórica legislativa, ha dado origen a un posible tratamiento desigual de la protección por incapacidad temporal, y que en última instancia va a depender del nivel de cobertura objetiva de la asistencia sanitaria de las Comunidades Autónomas.

6. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Una dimensión relevante en esta materia es la repercusión en el ámbito laboral de los tratamientos que sin estar incluidos en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud producen en el trabajador que voluntariamente se somete a ellos, una situación de incapacidad para su actividad profesional.

En primer lugar hay que conocer el alcance de la libertad del trabajador para determinar el momento adecuado para someterse a una intervención quirúrgica o a un procedimiento médico que le merme su capacidad para trabajar y que no está cubierto por el sistema público de salud. En este sentido, hay que tener en cuenta que no se trata únicamente de situaciones fútiles o frívolas como pudiera llegar a

pensarse de alguna intervención de cirugía estética, sino que pueden entrar en juego derechos esenciales de la persona como la maternidad en las técnicas de reproducción asistida.

La cuestión de fondo es la valoración del grado de libertad del trabajador que de manera voluntaria y unilateral se somete a una intervención médica que le ocasiona una limitación transitoria de su capacidad para el trabajo, esto es, en definitiva, qué posibilidades existen para que el trabajador pueda imponer al empresario la suspensión del contrato de trabajo. Obviamente la problemática surgirá cuando exista discrepancias al respecto entre el trabajador y el empresario, ya que sería de aplicación el artículo 45.1.a) del Estatuto de los Trabajadores por el que se permite la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes.

En los supuestos en los que es el trabajador el que decide, sin contar con la autorización empresarial, someterse a un procedimiento médico que le vaya a impedir la prestación ordinaria de su trabajo, debemos analizarlo desde la perspectiva laboral y desde su anclaje normativo.

El contrato de trabajo como instrumento regulador de la relación jurídica existente entre el empresario y el trabajador y, por tanto, su ámbito efectivo de aplicación será la propia prestación de servicios. En estos supuestos, aunque es claro que las consecuencias de la decisión que tome el trabajador sobre el procedimiento o técnica sanitaria a la que se someta, tendrán repercusiones importantes sobre la prestación laboral, también es cierto que el ejercicio de la libertad individual en el ámbito de lo privado no puede quedar condicionado por el contrato hasta el punto de impedir el acceso a los tratamientos médicos que considere adecuados. Entender lo contrario sería tanto como condenar al trabajador a destinar el periodo de vacaciones a estos procesos, o lo que es lo mismo, a suprimir su derecho a vacaciones. Por tanto, y en el espacio de las relaciones laborales, el empresario vendrá obligado a soportar la suspensión del contrato de trabajo, previo parte facultativo que certifique la necesidad de reposo o de periodo de recuperación para el trabajador, teniendo, eso sí, las facultades que le concede el ordenamiento jurídico para prevenir y reaccionar frente a hipotéticas situaciones de abuso por parte del trabajador.

Uno de los problemas principales que suscita esta materia es la situación en la que se encuentra el trabajador que tras ser intervenido de una cirugía estética no se puede incorporar a su puesto de trabajo. La convalecencia posterior a esta cirugía no da origen a causar derecho a un subsidio por incapacidad temporal a no ser que surgieran complicaciones en el curso de su recuperación que sí fueran objeto de atención por los servicios públicos de salud, en cuyo caso daría origen a una situación ordinaria de incapacidad temporal por contingencias comunes.

Para que el contrato pueda suspenderse válidamente en base a lo dispuesto en el artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, es requisito imprescindible el previo reconocimiento de la situación de incapacidad temporal por parte de los servicios públicos de salud o entidades colaboradoras. En este supuesto, y para in-

interpretar el tenor literal del artículo 45.1.c), que se limita a reconocer la “incapacidad temporal de los trabajadores” como causa de suspensión hay que valorar la situación del trabajador recuperándose de una intervención no incluida en la cartera de servicios del sistema nacional de salud. A este respecto hay que tener en cuenta que el artículo 128 de la Ley General de Seguridad Social no hace discriminación alguna entre las causas que pueden general una situación de incapacidad temporal, por lo que hay que entender que la incapacidad temporal nacerá, independientemente de la causa que la genere, toda vez que exista una enfermedad o accidente que impida al trabajador mantener su actividad laboral. Por tanto, los periodos de recuperación o de descanso pautado por el médico podrán fundamentar una suspensión del contrato de trabajo, aún cuando no provengan de intervenciones médicas contempladas en la cartera de servicios del sistema nacional de salud, siempre y cuando claro está, los facultativos de los servicios públicos de salud emitan el parte de baja correspondiente, que no tendrá efectos económicos, que lo justifique.

CONCLUSIÓN

El ámbito objetivo establecido por la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud actúa como límite objetivo de la protección ofrecida por la prestación de Incapacidad Temporal.

La aplicación del requisito de ser acreedor del derecho a la asistencia sanitaria pública ha contribuido a la superación del criterio de involuntariedad propio del derecho de seguros como criterio único, sino que tiene que ser conjugado con el relativo al preceptivo tratamiento prestado por la asistencia sanitaria pública. Así, independientemente del grado de participación que el beneficiario de la prestación por Incapacidad Temporal haya tenido en la generación de la contingencia, causará derecho a la protección por Incapacidad Temporal si su patología está recogida en el catálogo de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, para que nazca una situación de incapacidad temporal se requiere que ésta tenga origen en una enfermedad o accidente, común o profesional, pero, en todo caso, que se presente una alteración del estado de la salud que impida la realización ordinaria de prestación de servicios por el trabajador, esto es, que haga surgir la situación de necesidad por la que se justifique la sustitución de salarios por parte de la seguridad social.

La objetivación del acceso a las prestaciones ofrecidas por el sistema de seguridad social constituye un elemento positivo en la evolución de la técnica y la eficiencia de la protección, pero en esta construcción legislativa se pueden encontrar diferentes distorsiones.

La propia estructura de estructura de organización descentralizada del sistema nacional de salud, junto con la ordenación de su ámbito prestacional ha originado que existan desigualdades en la asistencia sanitaria derivada de la autonomía

competencial de las Comunidades Autónomas. La dependencia de la Ley General de Seguridad Social a la cobertura ofrecida por el sistema nacional de salud en el acceso a la prestación por incapacidad temporal hace que esta prestación se vea contagiada de esa posibilidad de tratamiento diferenciado según el territorio donde el trabajador tenga fijada su residencia. Bien es verdad que este efecto únicamente se producirá en los prestaciones sanitarias que queden integradas en la cartera complementaria de servicios de las Comunidades Autónomas, pero su sola eventualidad es suficiente para perjudicar el principio de igualdad, que resulta aún menos asumible en lo concerniente al acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema de seguridad social.

Sería deseable una reforma legislativa que paliase tanto el riesgo de “turismo sanitario” entre Comunidades Autónomas, con la consiguiente constitución de la prestación de incapacidad temporal correspondiente, como el de permitir un tratamiento diferente en el acceso a las prestaciones.

La propuesta de reforma pasaría por delimitar el ámbito de los tratamientos médicos que pueden dar lugar a una incapacidad temporal, y actualizando de esta forma la remisión a la asistencia sanitaria de la seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

MARGARITA ARENAS VIRUEZ. “El componente físico o psíquico de las operaciones de cirugía estética y su repercusión en la determinación de la incapacidad temporal: Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 2.012” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 6, Nº1 (Abr), 2.013, págs. 259-270.

JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ. “Modificaciones en materia de asistencia sanitaria consecuencia del RD-L 26/2.012, DE 20 de abril”. *Revista de Información Laboral*, Nº 11, 2.012, págs. 21-40.

SARA MEDINA GONZALEZ. “El sistema sanitario español” *Editorial Civitas*, Enero de 2.014.

GONZALO MOLINER TAMBORERO. “Seguridad Social, prestación económica por incapacidad temporal: no tiene derecho a percibir el subsidio por incapacidad temporal quien se somete voluntariamente a una intervención de cirugía estética” *Diario La Ley*, Nº 7939, 2.012.

AMANDA MORENO SOLANA. “Las intervenciones de cirugía estética: voluntad para encontrarse inmerso en una situación de incapacidad temporal” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 4, Nº 9 (ene), 2.012, págs. 1.486-1.488.

SARA RUANO ALBERTOS “El subsidio de incapacidad temporal ante un supuesto de baja médica motivada por intervención de cirugía puramente estética”. *Revista de Aranzadi Social*, nº 17/2.011, paraf. 61/2.011.

JOSE LUIS TORTUERO PLAZA, FRANCISCA MORENO ROMERO. “Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la Incapacidad Temporal” *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 8, 2.010, págs. 211-222.

JOSE LUIS TORTUERO PLAZA. “Reflexiones acerca de la incapacidad temporal”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 10. 2.006.

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA. “La asistencia sanitaria de los deportistas en el marco de la protección de la salud en la actividad deportiva” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Nº 109, 2.004, págs. 229-262.

JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO. *La protección de la salud*. Editorial Aranzadi. 2.012.