



Roj: **STS 3174/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3174**

Id Cendoj: **28079140012019100625**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2019**

Nº de Recurso: **3494/2017**

Nº de Resolución: **705/2019**

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

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3494/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 705/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 10 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Cayetano , representado y defendido por la Letrada Sra. Serrano Gómez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de junio de 2017, en el recurso de suplicación nº 35/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 17 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, en los autos nº 72/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, sobre seguridad social.

Ha comparecido en concepto de recurrida la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, representada y defendida por el Letrado Sr. Torrado Oubiña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda interpuesta por D. Cayetano , contra la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo y, en consecuencia:

1.- Reconozco el derecho del actor a recibir por parte de la demandada: a).- La prestación sanitaria consistente en que se le implante y adapte el encaje protésico con dos electrodos de doble canal y mando biónica I-Limb Pulse, de la casa touch Bionics que ya se le ha implantado a su costa. b).- Así como al tratamiento rehabilitador



para adiestramiento en el uso de tal prótesis, que ya ha seguido. c).- Las renovaciones futuras que resulten oportunas para su efectividad.

2.- Condeno a la Mutua demandada a abonar al actor la suma de 49.000 euros por la implantación y encaje de la mencionada prótesis así como por el tratamiento rehabilitador de adiestramiento seguido para su uso".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º.- El demandante trabajaba para la empresa Maderas Gestal, S.L. desde el 5-10-09 con categoría profesional de peón; el día 19-9-12 sufrió un accidente laboral mientras 2º realizaba su trabajo. A consecuencia de dicho accidente sufrió la amputación traumática de mano derecha a nivel radiocarpiano -doc. 1 y 2 aportados con demanda y hechos no controvertidos- La Mutua demandada aseguraba las contingencias profesionales de la empresa Maderas Gestal, S.L. -hecho no discutido-

2º.- El 21-1-13 se dio el alta al trabajador por la estabilidad de la situación clínica con propuesta de IT total. El INSS reconoció tal IPT en resolución de 25/4/2013 -doc. 3 aportado con demanda-

3º.- a).- La Mutua autorizó, a petición del actor, la colocación de una prótesis al actor, a través de la ortopedia Prim, de tipo convencional, no mioléctrica.

b).- En la Ortopedia Prim se recomienda la colocación de una prótesis con mano biónica llegan a facilitarle presupuesto al actor -hecho no controvertido y documental, especialmente doc. nº 4 de demanda que recoge prótesis de tipo 2mano michelangelo, sistema de protetización bebionic V3 con mano bebionic V3-

c).- Se realizó una nueva petición por el actor a la Mutua para la autorización para la colocación de una prótesis de mano mioeléctrica y el consiguiente tratamiento de adiestramiento de la misma. La Mutua autorizó la colocación de una prótesis mioeléctrica de tipo convencional que solo permite la función de pinza con un único modo de presión por medio de los dedos pulgar, índice y medio -hecho admitido y documental-

d).- El técnico protésico de Prim ya había con anterioridad recomendado la colocación de una prótesis más avanzada por resultar más adecuado a sus condiciones-doc. 4 aportado con demanda, prótesis mioeléctricas biónicas-

e).- El actor presentó reclamación previa a la Mutua solicitando la autorización de un encaje protésico con dos electrodos de doble canal y mano biónica I-limb pulse - prótesis mioeléctrica biónica- y el tratamiento para adiestrarse en su uso, al tratarse de una prótesis mioeléctrica más adecuada para las condiciones personales del actor y que le permitiría recuperar una mayor funcionalidad de su miembro superior en su vida cotidiana

f).- La Mutua no ha autorizado dicho tratamiento. El actor ha adquirido la prótesis en cuestión, abonando él su coste así como el del tratamiento de adiestramiento en su uso. El importe abonado ha ascendido a la suma de 49.000 euros -hecho no discutido y factura aportada en la prueba presentada por el demandante.

g).- Se da por reproducido el informe emitido por el especialista Técnico Protésico Sr. Eliseo . La prótesis colocada en el miembro superior del demandante le permite una mayor funcionalidad en las tareas de su vida cotidiana, al ser una prótesis más completa y de mejor calidad que la prótesis mioeléctrica convencional cuya colocación sí había autorizado la Mutua demandada.

e).- La prótesis mioeléctrica colocada le permite hacer presión con todos los dedos de la mano biónica, y no solo con 3; la prótesis mioeléctrica convencional solo permite como modo de presión la de pinza, a diferencia de la colocada en el actor que le permite realizar el agarre con todos los dedos de la mano, lo que supone una mejoría muy sustancial en el uso de su mano biónica y gana una gran funcionalidad en el uso de la misma en su vida diaria. La mano biónica implantada se adapta mejor a sus condiciones personales y particulares que la otra convencional y es la idónea para mejorar su nivel y calidad de vida -declaración del experto Sr. Eliseo así como informe aportado a autos elaborado por él".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el recurso de suplicación formulado por MUTUA GALLEGA DE AT Y EP, contra la sentencia dictada el 17/10/2012 por el Juzgado de lo Social Nº 4 REF de A CORUÑA, en autos Nº 72-14, sobre prestación ortoprotésica, seguidos a instancias de Cayetano contra la recurrente y, con revocación de dicha resolución, desestimamos la demanda rectora de los autos y, en consecuencia, absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Serrano Gómez en representación de D. Cayetano , mediante escrito de 14 de septiembre de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la



Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos), de 27 de mayo de 2015. SEGUNDO.- Se alega la infracción del RD 1030/2006 y la orden 21- 11-2003 de la Consellería de Sanidad o la de 28-5-2013 que la sustituye.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 9 de enero de 2018 se admitió 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.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente y subsidiariamente procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

A raíz de un accidente de trabajo ocurrido el 19 de septiembre de 2012 y precisando el trabajador la implantación de prótesis por pérdida de una mano, se discute si rige el principio de reparación íntegra del daño o si hay que estar a las específicas previsiones reglamentarias sobre acción protectora del Sistema Nacional de Salud.

1. Hechos probados y objeto litigioso.

El conflicto que accede a nuestro conocimiento es puramente jurídico, lo que concuerda con el carácter pacífico del relato de hechos formulado en la instancia, y que ya hemos reproducido. Destaquemos ahora los datos necesarios para aquilatar el alcance del debate.

A consecuencia de accidente laboral, el demandante sufrió la amputación traumática de la mano derecha a nivel radiocarpiano.

La Mutua autorizó, a petición del actor, la colocación de una prótesis, a través de la ortopedia Prim, de tipo convencional, no mioléctrica.

En dicha ortopedia se recomienda la colocación de una prótesis con mano biónica. El demandante realizó una nueva petición a la Mutua para que autorizase la colocación de una prótesis de mano mioléctrica y el consiguiente periodo de adiestramiento.

La Mutua autorizó la colocación de la prótesis mioléctrica del tipo convencional que sólo permite la función de pinza con un único modo de presión por medio de los dedos pulgar, índice y medio. El actor ha adquirido la prótesis abonando su coste así como el tratamiento de adiestramiento (49.000 €).

La prótesis mioléctrica colocada le permite hacer presión con todos los dedos de la mano biónica, y no sólo con tres; la prótesis mioléctrica convencional sólo permite como modo de presión la de pinza, a diferencia de la colocada que le permite realizar el agarre con todos los dedos de la mano, lo que supone una mejora muy sustancial en el uso de su mano biónica y gana una gran funcionalidad en el uso de la misma en la vida diaria.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento.

A) Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante sentencia 456/2016 de 17 octubre el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña estima la demanda del trabajador.

Sostiene que la reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo no es principio que derive solo del derogado Decreto 2766/1967. Siguiendo la jurisprudencia unificada, sostiene que la prestación sanitaria en supuestos de accidente de trabajo ha de dirigirse a la reparación íntegra del daño, de tal forma que no resulta de aplicación directa y automática el reglamento, a diferencia de lo que sucede cuando no consta la contingencia profesional y, por tanto, la prestación se encuentra claramente "baremada".

En consecuencia, reconoce el derecho a la prestación sanitaria reclamada (implante y adaptación del encaje protésico con dos electrodos de doble canal y mando biónica I-Limb Pulse, de la casa touch Bionics), al tratamiento rehabilitador para adiestramiento en el uso de tal prótesis y a las renovaciones oportunas para su efectividad. Condena a la Mutua demandada a abonar al actor la suma de 49.000 euros por la implantación y encaje de la mencionada prótesis, así como por el tratamiento rehabilitador de adiestramiento seguido para su uso.



B) Recurso de suplicación.

Disconforme con su condena, la Mutua interpone recurso de suplicación, sin cuestionar el relato de hechos probados. Denuncia como infringida la disposición derogatoria única del RD 1192/2012, lo que comporta la indebida inaplicación del RD 1030/2006 Anexo VI así como de la O. de 21 de noviembre de 2002 sobre prestación ortoprotésica en Galicia.

Sostiene que ya no existe diferencia en la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora en función de la contingencia de la que provenga dicha prestación (accidente o enfermedad común). La limitación de recursos del sistema impone que la prótesis sea prescrita por un servicio de rehabilitación, no cumpliéndose el requisito con la recomendación del técnico ortoprotésica que trabaja en la ortopedia privada que provee dicha prótesis. Es necesario que tal prótesis se encuentre incluida en el catálogo aprobado al efecto, requisitos que no se cumplen en el presente supuesto.

C) Sentencia de suplicación.

Mediante su sentencia de 27 de junio de 2018 la Sala de lo Social del TSJ de Galicia estima el recurso formulado por la Mutua aseguradora, acogiendo su línea argumental.

Explica que ya no hay diferencia en la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora en función de la contingencia de la que provenga dicha prestación, y que la limitación de recursos del sistema impone que la prótesis sea prescrita por un servicio de rehabilitación y se encuentre incluida en el catálogo aprobado al efecto, requisitos que no se cumplen. Por tanto, no puede imponerse a la Mutua el abono de la prótesis adquirida por el actor, toda vez que no ha sido prescrita por un facultativo especialista en rehabilitación, sino por un técnico protésico y la misma está excluida de las prótesis objeto de facilitación, dado que lleva un microprocesador, no obstante lo cual la Mutua aceptó la colocación de una prótesis mioeléctrica, superior a la inicialmente autorizada.

El art. 38 LGSS no distingue el alcance de la asistencia sanitaria en función de la causa de la contingencia. La prestación indicada se ha de facilitar de acuerdo con las posibilidades y recursos de sistema, con arreglo a las previsiones de las normas estatales y autonómicas.

3. Recurso de casación.

Con fecha 14 de septiembre de 2017 la Abogada y representante del trabajador formaliza su recurso de casación unificadora.

Invoca la jurisprudencia sobre aplicación del principio de reparación íntegra del daño que rige las contingencias profesionales a la hora de determinar el alcance y contenido de la prestación sanitaria. Eso excluye la aplicación directa y automática de las normas reguladoras de la asistencia sanitaria.

4. Impugnación del recurso.

Con fecha 9 de febrero de 2018 el Abogado y representante de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo presenta escrito de impugnación al recurso, que comienza cuestionando la preceptiva contradicción entre sentencias.

Entiende que el principio jurisprudencial de reparación íntegra del daño está exclusivamente construido sobre el derogado Decreto 2766/1967, por lo que desde el 5 de agosto de 2012 los accidentes de trabajo acaecidos ya no pueden someterse a sus previsiones. Desaparecida la norma en que se basaba la jurisprudencia aplicada por la sentencia recurrida, decae su presupuesto.

Resalta asimismo que esta interpretación es la acogida en la sede informática de la Seguridad Social. De este modo, la "derogación del principio de reparación integral del daño" resulta exigida por las novedades normativas introducidas.

5. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 8 de marzo de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS.

Considera que los debates habidos en las sentencias comparadas son diversos por lo que no estamos ante sentencias contradictorias. Las razones de decidir ambas son heterogéneas y su doctrina resulta compatible. Ello abocaría a la desestimación del recurso.

Subsidiariamente, si se entendiera que existe la exigible contradicción, manifiesta que la buena doctrina se encuentra en la sentencia de contraste por ser más conforme con la doctrina unificada.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.



Por constituir un requisito de orden público procesal, además de por haberse cuestionado razonadamente tanto en el Informe de la Fiscalía cuanto en el escrito de impugnación, debemos comprobar si las sentencias opuestas son contradictorias en los términos que el legislador prescribe.

1. Doctrina general.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia de contraste.

A efectos referenciales, el trabajador recurrente identifica la STSJ de Castilla-León (Burgos) de 27 de mayo de 2015 (rec. 309/2015), revocatoria de la dictada en instancia. Al cabo, condena a la Mutua Fremap a adoptar todas las medidas necesarias para la colocación al actor de la prótesis mioeléctrica, sustitutiva de antebrazo y mano, Axon Bus con multifunción Michelangelo.

A consecuencia del accidente de trabajo que sufrió el demandante, hubo de ser amputado el antebrazo derecho. Por los servicios médicos de la Mutua se le prescribe una prótesis mioeléctrica DMC Plus. Con ello puede hacer las funciones de pinza dígito-digital entre pulgar y dedos segundo y tercero. No tiene movilidad de los dedos cuarto y quinto. Tampoco tiene la pronosupinación del antebrazo ni el juego de la muñeca. Existe una prótesis Axon Bus con multifunción Michelangelo que permite la pronosupinación y puede moverse la muñeca, permitiendo el motor independientemente realizar el movimiento de pinza, haciendo que el pulgar se mueva lateralmente hacia el dedo índice, facilitando al usuario sostener lateralmente objetos planos y objetos de tamaño mediano, pudiendo igualmente, acompañar movimientos con los dedos cuarto y quinto. El actor ha pedido presupuesto de esta prótesis a una ortopedia que asciende a 55.000 €.

El recurrente alega que tiene derecho a la prótesis pretendida, al ser mejor y más eficaz para reparar el daño derivado del accidente de trabajo causante de las lesiones. La Sala acoge el recurso, aplicando la doctrina contenida en la STS de 2 de abril de 2010 (rec. 1047/2009), al ser la prótesis solicitada, claramente más completa de la DMC Plus, permitiendo realizar funciones de pinza, así como la pronosupinación y mover la muñeca, pudiendo acompañar movimientos con los dedos cuarto y quinto.

3. Consideraciones específicas.

A) Como venimos explicando de manera reiteradísima, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente "una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Pero los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes.

Por eso no quiebra la identidad el que una de las sentencias omita la reflexión acerca de la vigencia del Decreto de 1967 y el otro la aborde. Ese diverso enfoque a la solución del mismo problema forma parte de la solución (de la "doctrina") asumida por cada una de las resoluciones judiciales enfrentadas y, por lo tanto, no obstaculiza la contradicción jurídica.

B) El meollo de la cuestión debatida es claro: determinar si tras la derogación del Decreto 2766/1967 sigue desplegando sus efectos el principio de reparación íntegra del daño.

En nuestro caso el accidente acaece 29 de septiembre de 2012 y en la sentencia referencial el 16 de marzo de 2013; por tanto, en ambos casos, una vez que ya ha sido formalmente expulsada dicha norma del ordenamiento.

La sentencia de contraste entiende aplicable la jurisprudencia sobre reparación íntegra del daño: existiendo una prótesis mucho más eficaz y completa, sería esta última la que cumpliría con tal exigencia. La sentencia



recurrida considera que ha de estarse a la prestación ortoprotésica en los mismos términos en que se contempla para los casos de asistencia sanitaria por contingencia profesional.

En consecuencia, el debate es similar en ambos casos y el distinto enfoque asumido por cada una de las sentencias obedece a la diversa percepción que asumen respecto de las consecuencias de la referida derogación.

C) El Informe del Ministerio Fiscal considera que las razones de decidir de las sentencias surgen a partir de presupuestos distintos; alude a que la prótesis cuyo coste se reclama no aparece valorada como preferible o mejor que la ofrecida por la Mutua y sí sucede así en el caso de referencia. Por lo tanto, procede despejar si existe esa diversidad.

La sentencia referencial explica que la prótesis pretendida es "claramente más completa" que la ofrecida por la Mutua, pues permite realizar funciones de pinza, prosupinación, movimientos de muñeca y acompañamiento con los dedos cuarto y quinto.

Igualmente, en el presente caso queda acreditado lo ya expuesto al reproducir el apartado e) del Tercer Hecho Probado: que la prótesis mioeléctrica reclamada por el trabajador le permite hacer presión con todos los dedos de la mano biónica, y no solo con 3; la prótesis mioeléctrica convencional solo permite como modo de presión la de pinza, a diferencia de la colocada en el actor que le permite realizar el agarre con todos los dedos de la mano, lo que supone una mejoría muy sustancial en el uso de su mano biónica y gana una gran funcionalidad en el uso de la misma en su vida diaria. La mano biónica implantada se adapta mejor a sus condiciones personales y particulares que la otra convencional y es la idónea para mejorar su nivel y calidad de vida. Además, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social expone en la parte final de su fundamentación que "en este caso, está suficientemente acreditado que la prótesis que finalmente se ha colocado el actor es la que mejor se adapta a sus necesidades y que mejor permite la funcionalidad del miembro que fue en parte amputado, facilitando su calidad de vida, de manera que no hay duda de que dicha prótesis, en relación con la que había sido autorizada por la Mutua, mejor responde a ese principio de reparación íntegra del daño sufrido a consecuencia de su accidente de trabajo".

El problema surge porque el último tramo de los razonamientos jurídicos incorporado a la STSJ recurrida manifiesta que "no se acredita ni constata que el modelo de prótesis que se pretende implique una mayor ventaja para su vida profesional o diaria en relación con la ya autorizada, de nivel superior a la convencional".

Así las cosas, consideramos que los términos en que se plantean ambos litigios cumplen con los requisitos del art. 219.1 LRJS; la reflexión jurídica acerca de la repercusión que posea la implantación de una mejor prótesis sobre la capacidad profesional resulta ajena a lo que se debate. Y en ambos supuestos se toma como presupuesto fáctico que se reclama una concreta prestación de asistencia sanitaria que posee la cualidad de mejorar el estado de la persona accidentada.

D) En suma: las sentencias comparadas llegan a soluciones distintas al resolver sobre demandas de trabajadores que, a consecuencia de un accidente laboral, han sufrido la amputación de la mano derecha y del antebrazo derecho, respectivamente, solicitando la implantación de una prótesis que no se encuentra incluida en el catálogo general de material ortopédico, no habiendo sido prescrita por un facultativo. La sentencia recurrida deniega al trabajador el derecho a la prótesis recomendada y la sentencia de contraste lo reconoce.

Ambas conocen sobre contingencias surgidas tras la derogación del Decreto de 1967, cuyo tenor era habitualmente invocado al establecer el principio jurisprudencial de reparación íntegra del daño.

TERCERO.- Examen de las normas en presencia.

Cumplido el presupuesto procesal de la oposición doctrinal entre las resoluciones judiciales contrastadas, a fin de aligerar el ulterior razonamiento, interesa recordar el tenor de las principales normas relacionadas con el tema.

Quedan fuera del examen normas posteriores al momento del accidente de trabajo examinado, como el Real Decreto 1506/2012, de 2 de noviembre (regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica) o la Orden SCB/45/2019, de 22 de enero (modifica el anexo VI del 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, se regula el procedimiento de inclusión, alteración y exclusión de la oferta de productos ortoprotésicos y se determinan los coeficientes de corrección).

Dada la sucesión normativa habida en la materia, interesa recordar los argumentos de la STS 23 septiembre 2009 (rec. 2657/2008) para determinar las normas aplicables en materia de asistencia sanitaria, del todo válidos para resolver el problema actual:



En el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes [las reguladas en los arts. 115 a 118 de la Ley General de la Seguridad Social], situaciones protegidas y prestaciones [art. 38 de la LGSS], en forma análoga a la que, en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reparación, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que éste se produce.

La noción de hecho causante, que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva [incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte], no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y, por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso [la incapacidad o la muerte] aparezca con posterioridad"

1. Convenio nº 17 de la OIT (1925).

En la Gaceta de Madrid de 26 de mayo de 2018 se publicó el Real Decreto 970 de 24 de mayo, autorizando al Gobierno para ratificar y registrar en la Secretaría de la Sociedad de Naciones el Convenio de la OIT nº 17; dicha ratificación se llevó a cabo con fecha 11 de febrero de 1929. El viejo Convenio nº 17 de la OIT sobre indemnización en caso de accidentes de trabajo (1925), que sigue vigente, prescribe en su art. 9º que las víctimas de accidentes del trabajo tendrán derecho "a la asistencia médica y a la asistencia quirúrgica y farmacéutica que se considere necesaria a consecuencia de los accidentes. La asistencia médica correrá por cuenta del empleador, de las instituciones de seguro contra accidentes o de las instituciones de seguro contra enfermedad o invalidez".

Su artículo 10 dispone lo siguiente:

1. Las víctimas de accidentes del trabajo tendrán derecho al suministro y a la renovación normal, por el empleador o por el asegurador, de los aparatos de prótesis y de ortopedia cuyo uso se considere necesario. Sin embargo, las legislaciones nacionales podrán admitir, a título excepcional, que se sustituyan el suministro y la renovación de los aparatos por la concesión a la víctima del accidente de una indemnización suplementaria, que se fijará al determinarse o revisarse el importe de la indemnización, y representará el coste probable del suministro y de la renovación de dichos aparatos.
2. Las legislaciones nacionales establecerán, en lo que se refiere a la renovación de los aparatos, las medidas de control necesarias para evitar abusos o para garantizar el debido uso de las indemnizaciones suplementarias.

2. Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre.

El Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social es la disposición a que se ha venido refiriendo la jurisprudencia cuando aplicaba la reparación integral a los daños derivados de accidente laboral.

La disposición contempla la asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral de manera diferenciada respecto de la propia del accidente de trabajo o enfermedad profesional. Su artículo 11 describía el contenido de la asistencia sanitaria en los siguientes términos:

Uno. La asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional se prestará al trabajador de la manera más completa y comprenderá:

- a) El tratamiento médico y quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas, las prescripciones farmacéuticas y, en general, todas las técnicas diagnósticas y terapéuticas que se consideren precisas por los facultativos asistentes.
- b) El suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarias y los vehículos para inválidos.
- c) La cirugía plástica y reparadora adecuada, cuando una vez curadas las lesiones por accidentes de trabajo hubieran quedado deformidades o mutilaciones que produzcan alteración importante en el aspecto físico del accidentado o dificulten su recuperación funcional para el empleo posterior.

Dos. Durante el período de asistencia sanitaria deberá realizarse, como parte de la misma el tratamiento de rehabilitación necesario para lograr una curación más completa y en plazo más corto u obtener una mayor aptitud para el trabajo. Este tratamiento podrá efectuarse también después del alta con secuelas o sin ellas, y siempre que permita la recuperación más completa de la capacidad para el trabajo en relación con los Servicios Sociales correspondientes.

3. Ley General de la Seguridad Social de 1974.

El artículo 108 LGSS de 1974 dispuso que "La Seguridad Social facilitará en todo caso las *prótesis quirúrgicas* fijas y las *ortopédicas* permanentes o temporales, así como su oportuna renovación, y los vehículos para aquellos inválidos cuya invalidez así lo aconseje. Las *prótesis dentarias* y las *especiales* que se determinen podrán dar lugar a la concesión de ayudas económicas en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan".

4. Ley General de la Seguridad Social de 1994.

Por referencia a la redacción vigente en el momento en que se produce el accidente trabajo que origina el litigio, la LGSS/1994 prescribe que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social circunscribirán su actividad a repartir entre sus empresarios asociados, entre otros, "el coste de las prestaciones por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional sufridos por el personal al servicio de los asociados" (art. 68.3.a).

5. Real Decreto 63/1995, de 20 de enero.

El Real Decreto 63/1995 ordena las prestaciones sanitarias en el ámbito de la Seguridad Social; de acuerdo con sus previsiones se pueden distinguir las prótesis quirúrgicas fijas y su renovación, las prótesis ortopédicas permanentes y temporales (prótesis externas) y los vehículos para inválidos, definiéndose igualmente las órtesis, prótesis dentarias y especiales. En él se dispone lo siguiente:

La prescripción de estas prestaciones se llevará a cabo por los médicos de atención especializada, ajustándose en todo caso a lo establecido en el catálogo debidamente autorizado. Las órtesis, prótesis dentarias y las especiales se prestarán o darán lugar a una ayuda económica, en los casos y según los baremos que se establezcan en el catálogo correspondiente.

Su Disposición Adicional Quinta prescribe que lo dispuesto en dicho Real Decreto no afecta a las actividades y prestaciones sanitarias realizadas por las Comunidades Autónomas, con cargo a sus propios recursos o mediante precios, tasas u otros ingresos, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo.

6. Orden Ministerial de 18 enero 1996.

La OM de 18 enero 1998 desarrolla el anterior Real Decreto por cuanto respecta, específicamente, a la prestación ortoprotésica en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y comienza por "definir la prestación y las correspondientes ayudas económicas, de modo que se garantice la equidad en el acceso a la prestación ortoprotésica dentro del ámbito competencial del Sistema Nacional de Salud y de mejorar su eficiencia".

En los anexos de la Orden de 18 de enero de 1996, se concreta de manera exhaustiva el alcance de cada una de las prestaciones enumeradas anteriormente, con la advertencia que se procederá a la inclusión de nuevas prestaciones, en la medida que puedan aportar una mejora terapéutica, o a la exclusión de otras que, como consecuencia del desarrollo tecnológico, hayan perdido su interés sanitario o se consideren ineficientes. El suministro y utilización de estos productos ortoprotésicos deben cumplir con los requisitos contemplados en la legislación vigente. Igualmente, la elaboración y dispensación de prótesis externas y órtesis deberán ajustarse a una serie de requisitos que en cada momento establezca la Administración Sanitaria Pública competente.

7. Ley 53/2002, de 30 diciembre.

El art. 124 de la Ley 53/2002, de 30 diciembre, facultó al Gobierno para, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecer "importes máximos de financiación para cada tipo de productos incluidos como prestación ortoprotésica".

8. Ley 16/2003, de 28 de mayo.

El artículo 17 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud, define la prestación ortoprotésica como aquella que consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir, o facilitar

su función. En cualquier caso, comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente.

9. Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre.

El RD 1030/2006 de 15 de septiembre establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

En línea con las normas derogadas (RD 63/1995 y Orden de 18 de enero de 1996, entre otras) contempla en su Anexo VI la prestación ortoprotésica como aquella que consiste en "la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función, comprendiendo los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y la autonomía del usuario. Esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las administraciones sanitarias competentes".

10. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

Mediante Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

La norma (en vigor desde el 5 de agosto de 2012, según su Disposición Final Cuarta) deroga expresamente el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo el apartado dos de su artículo sexto que se mantiene vigente.

CUARTO.- Doctrina unificada de la Sala.

La determinación del alcance que posea la asistencia sanitaria derivada de contingencia profesional, en particular respecto de las prestaciones ortoprotésicas y su suministro más allá de lo previsto en las normas específicas que la tipifican con carácter general ("cartera de servicios") ha sido ya examinada por la doctrina de unificación.

1. STS 2 abril 2010 (rec. 2398/2010).

La STS de 2 abril 2010 (rec. 2398/2010) aborda el problema de si un trabajador que sufrió accidente de trabajo, y como consecuencia de aquel, la amputación de un brazo, tiene derecho a que el sistema de Seguridad Social le suministre una prótesis mioeléctrica en lugar de la que la Mutua le proporcionó, una prótesis híbrida de más limitadas prestaciones.

Recuerda una antigua jurisprudencia según la cual la prestación sanitaria en supuestos de accidente de trabajo ha de dirigirse a la reparación íntegra del daño, de tal forma que no resultan aplicables al supuesto normas posteriores de Seguridad Social que han limitado el reconocimiento de las prótesis mioeléctricas a la pérdida de ambos brazos. De este modo, en caso de accidente de trabajo, la reparación del daño causado debe hacerse de la manera más completa posible, lo que incluye la implantación de una prótesis mioeléctrica aunque no se trate de un supuesto de amputación bilateral de miembros superiores .

2. STS 24 enero 2012 (rec. 1681/2011).

La STS 24 enero 2012 (rec. 1681/2011), en la misma línea que la anterior, precisa que procede la implantación de prótesis de última generación en pierna a consecuencia de accidente de trabajo, aunque no esté incluida en el catálogo general de material ortoprotésico, pues en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño .

Concluye que no procede aplicar el catálogo de prótesis contenidas en el Real Decreto 1030/2006, ni en el Orden de 21 de noviembre de 2002 (Catálogo de Material Ortoprotésico de la Comunidad Autónoma de Galicia) y Circular 4/2000 de 20 de septiembre, citados como infringidos por el recurrente.

3. Fundamento del principio acogido por nuestra doctrina.

Tanto las dos sentencias reseñadas cuanto las otras muchas en que se basan (como la STS 21 noviembre 2001, rec. 585/2001), fundamentan la solución acogida en lo siguiente:

No es dable, en modo alguno, calificar la asistencia sanitaria como "prestación económica" en la concepción que de las mismas tiene la Ley, por más que en cualquiera de sus manifestaciones -farmacéuticas, médicas, hospitalarias y protésicas- suponga para quien la presta un indudable coste económico de fácil cuantificación. Desde la perspectiva del beneficiario, que es el criterio que utiliza la Ley para clasificar las prestaciones del



sistema, se trata de una prestación directa o en especie. Y finalmente, porque cuando la Mutua presta la asistencia sanitaria, obvio resulta afirmarlo, no realiza ningún "pago directo" al beneficiario. Y sin ese pago, no existe derecho alguno al reintegro.

Tratándose de un accidente de trabajo, dicho reglamento no resulta de aplicación directa y automática porque, como desde antiguo reconoció la jurisprudencia de esta Sala, salvo norma específica en sentido contrario, en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño, y la asistencia sanitaria, a diferencia de lo que sucede cuando no consta tan importante circunstancia (la contingencia profesional) y, por tanto, la prestación se encuentra claramente "baremada" en el oportuno reglamento, debe prestarse "de la manera más completa" y ha de comprender, en el "régimen privilegiado" el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios, tal como prevé de manera específica para contingencias profesionales el art. 11.1.b) del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre.

QUINTO.- Resolución.

1. Consideraciones específicas.

A) Es verdad que la doctrina de esta Sala ha proclamado el principio de reparación íntegra de las secuelas derivadas del accidente de trabajo invocando una norma ya derogada cuando se produce el que nos ocupa. Sin embargo, se trata de una regla muy característica en la regulación de este tipo de riesgos, sin que pueda pensarse que nace con el precepto de 1967.

En ese sentido, es ilustrativo que ya en 1925 el Convenio de la OIT previera el suministro y renovación de prótesis "cuyo uso se considere necesario". Con posterioridad, el Convenio 121 OIT (1964), sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, sin ratificar por España, ha matizado que cuando el Estado proporcione asistencia médica y servicios conexos por medio de un régimen general de sanidad "podrá especificar en su legislación que dicha asistencia se prestará, en las mismas condiciones que a las demás personas con derecho a ella, a las personas que hayan sufrido un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, siempre y cuando las normas sean establecidas en tal forma que eviten privaciones a los interesados".

B) La norma de 1967 cuya derogación propicia la existencia de doctrinas contradictorias se expresaba en unos términos ("aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarias") del todo parangonables con los acogidos en el vigente y venerable Convenio nº 17 de la OIT ("aparatos de prótesis y de ortopedia cuyo uso se considere necesario").

Por lo tanto, si nuestra doctrina se ha construido bajo la vigencia de una previsión muy pareja a la que mantiene su vigencia resulta muy apresurado deducir que la derogación del Decreto de 1967 comporta la minoración del nivel de atención sanitaria a quienes padecen un accidente laboral.

C) La propia formulación del principio que nuestras sentencias han venido acogiendo advertía la posibilidad de abandonarlo, pero requiriendo una previsión específica al respecto. Esta elemental cautela (por cierto, concordante con lo dispuesto en el no ratificado Convenio 121 de la OIT), aunque formulada sin prever la situación actual (derogación del Decreto de 1967 y carencia de una norma interna con la misma literalidad) juega también en contra del criterio asumido por la doctrina que abraza a sentencia recurrida.

Y es que ninguna de las normas que han afrontado la asistencia sanitaria, en general o bajo la específica modalidad de prestación ortoprotésica, ha adoptado previsión clara y contraria a la regla tradicional.

D) El RD 1192/2012, norma derogante del Decreto de 1967, omite cualquier referencia al accidente de trabajo. Su Preámbulo explica que surge para reordenar el acceso a la asistencia sanitaria, identifica los dos grandes principios que presiden el Sistema Nacional de Salud (el de universalidad y el de financiación pública) y proclama su mantenimiento ("La validez de nuestro modelo se traduce en un alto nivel de protección de la salud individual y colectiva, avalado por diferentes indicadores de impacto en la mejora de la salud, en la esperanza de vida y en la satisfacción de la ciudadanía"), sin perjuicio de advertir que es preciso adoptar ciertas medidas en orden al acceso a sus prestaciones ("Es necesario no sólo mantener el modelo sino también reforzar su sostenibilidad de manera que sea posible salvaguardar dicho nivel de protección frente a las diferentes amenazas que pudieran quebrantarlo"). Ninguna pista hay en su contenido acerca de qué ha querido que suceda con la asistencia sanitaria en materia de contingencias profesionales. En suma: la derogación formal del Decreto de 1967 aparece ayuna de toda finalidad restrictiva o minoradora de la protección propia de la asistencia sanitaria dispensada en caso de accidente de trabajo.

Y, lo que es más importante, ninguna expresa previsión sobre la materia aparece en las Leyes (o normas con tal rango) que el Real Decreto invoca para llevar a cabo su reordenación. 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 define los supuestos de acceso al derecho a la asistencia sanitaria pública, a través de las figuras del asegurado y del beneficiario, y regula un mecanismo de reconocimiento de dicha condición que resulte de aplicación tanto a los españoles como a los ciudadanos de otras nacionalidades. Por otro lado, el artículo 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, resulta preciso proceder al desarrollo reglamentario de dicha norma. Quiere ello decir que esas dos normas con rango de Ley no permitirían que el Real Decreto de 2012 alterase los contornos de la asistencia sanitaria en caso de contingencia profesional, abrogando un auténtico principio en materia de accidentes laborales y desoyendo el mandato del Convenio de la OIT.

E) La solución que acogemos no solo es la más acorde con el mandato del Convenio nº 17 de la OIT (cuyo artículo 1º prescribe que su ratificación obliga al Estado a garantizar a las víctimas del accidente "una indemnización cuyas condiciones serán por lo menos iguales a las previstas en el Convenio"), con nuestra jurisprudencia (que alude al derogado Decreto como positivador del principio, más que como su base) sino también con la diversa financiación de la asistencia sanitaria en función de la contingencia que la desencadena (a cargo de la Mutua o entidad aseguradora, a cargo del Sistema Público de Salud) y con la propia responsabilidad empresarial en estos casos (proclamada desde la Ley de 30 de enero de 1900 como objetiva y automática)..

2. Estimación del recurso.

A la vista de cuanto antecede, de conformidad con el criterio acogido respecto del tema de fondo por el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso de casación unificador interpuesto por el trabajador.

El artículo 228.2 LRJS dispone que "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe". En consecuencia, debemos realizar los siguientes pronunciamientos:

A) La sentencia recurrida alberga doctrina errónea. Tal y como la sentencia de contraste expone, el principio de reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo es el que debe seguir presidiendo la prestación de asistencia sanitaria. Eso no equivale, ni ahora ni antes, a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común.

B) La casación y anulación de la sentencia recurrida debe llevar a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la Mutua, pues la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se corresponde con la doctrina que consideramos acertada.

C) La desestimación del recurso de suplicación debe comportar que se dé a la cantidad consignada el destino legalmente previsto, acordándose la pérdida del depósito que hubiere podido constituir la Mutua.

D) Asimismo, de conformidad con el art. 235.1 LRJS, procede imponer a la Mutua las costas generadas por el recurso de suplicación interpuesto, que se fijan en 800 euros.

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. Cayetano , representado y defendido por la Letrada Sra. Serrano Gómez.

2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de junio de 2017, en el recurso de suplicación nº 35/2017.

3) Resolviendo el debate en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo.

4) Declarar la firmeza de la sentencia dictada el 17 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña, en los autos nº 72/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, sobre Seguridad Social.

5) Imponer a la Mutua Gallega las costas generadas por su recurso de suplicación, cifradas en 800 euros.



- 6) Decretar la pérdida del depósito que hubiere podido constituir la Mutua recurrente en suplicación.
- 7) Ordenar que se dé el destino legalmente previsto a la cantidad consignada como consecuencia de la sentencia ahora declarada firme.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ