

¿La integridad del resarcimiento del daño profesional socializado, puerta a la ingeniería biónica?: cuando la «regresividad jurisprudencial» se viste de «progreso social» (pero solo para algunos –«privilegiados»–)

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 705/2019, de 10 de octubre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

[...] los romanos no admitían de ningún modo que el Estado y la legislación hubiesen creado el Derecho. Para ellos, este no lo era porque fuese ley, sino que la ley lo era porque era Derecho.

R. V. Ihering

1. Marco normativo: voluntad legal «inacabada» correctora del principio de íntegra reparación del daño profesional socializado

Conforme al artículo 9 de una extremadamente vetusta (1925) norma social internacional ([Convenio 17 Organización Internacional del Trabajo –OIT–](#)), que sigue en vigor desde su, también lejana, ratificación por España (1929), las víctimas de accidentes del trabajo (y enfermedades profesionales) tendrán derecho a todas las prestaciones médico-asistenciales que se «consideren necesarias» para su restablecimiento, incluyendo el suministro y la «renovación normal» de prótesis (art. 10). El sujeto responsable de tal cobertura será el empleador o su «asegurador», correspondiendo al legislador establecer las medidas debidas para evitar abusos de tal prestación (o el de la obligación indemnizatoria sustitutiva). El legislador español preconstitucional asumió a pie juntillas esta obligación.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). ¿La integridad del resarcimiento del daño profesional socializado, puerta a la ingeniería biónica?: cuando la «regresividad jurisprudencial» se viste de «progreso social» (pero solo para algunos –«privilegiados»–). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2019, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 443, 181-191.

El [artículo 11.Uno, letra b\)](#), del conocidísimo, por viejo y resistente, aun no eterno –«vivió» hasta 2012–, Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre (normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general de la Seguridad Social), reflejó literalmente la obligación de suministro y renovación normal de prótesis de su norma internacional inspiradora. Pero no se contentó con ello, exigiendo que se dispensara de «la manera más completa». El legislador de seguridad social del tiempo, que en aquel entonces era el mismo que el legislador sanitario, corroboraría este principio ([art. 108 Ley general de la Seguridad Social –LGSS– de 1974](#)). No se actualizó, pues, el ideal de la base primera de la Ley de bases de la Seguridad Social ([193/1963, de 28 de diciembre –LBSS–](#)) relativo al «tratamiento conjunto de las contingencias». Ni las contingencias profesionales se financian del mismo modo –pues las cotizaciones, a modo de tasas-primas, corresponden exclusivamente al empleador– ni serán gestionadas de igual manera, atribuyéndose el pago a las mutuas de accidentes de trabajo ([art. 68.3 a\) LGSS de 1994](#)), hoy mutuas colaboradoras ([art. 80.2 LGSS de 2015](#)).

Ahora bien, este estado normativo de cosas (complejo y confuso: abigarramiento de sus normas, que afectan a cuerpos-sectores normativos diferentes –legislación sanitaria, leyes de Seguridad Social–, vetustas regulaciones, de muy diverso rango, incapacidad extrema, o falta de voluntad legislativa suficiente de racionalización, etc.) no permaneció inalterado. En primer lugar, el legislador internacional cambió parcialmente de sentido político-jurídico, habilitando expresamente al legislador nacional para que introdujera mayores límites en la intensidad protectora de la obligación de protección médico-protésica, si el sistema se presta de forma universal y «siempre y cuando las normas sean establecidas en tal forma que eviten privaciones a los interesados» (art. 11.1). El problema es que no ha sido ratificado por España (solo 24 países en total lo habrían hecho).

No obstante, y en segundo lugar, en él se viene a fijar un principio de trato uniforme de la asistencia sanitaria para toda contingencia (profesional o común), cuando se elige un sistema socializado –no puramente asegurador– del sistema prestacional, que está a todas luces implícito en el legislador constitucional español. El [artículo 41 de la Constitución española \(CE\)](#) excluye de su tenor el viejo concepto de riesgo singular, que la LBSS valoraba como «regresiva noción de riesgos», para acoger el más moderno, y uniformador, de «situación de necesidad». De este modo se trataría de reemplazar la noción de riesgo profesional por la más expansiva y evolucionada de «riesgo social» (que la prestación sanitaria pertenece a la acción protectora del sistema de Seguridad Social se reconoce expresamente en el [art. 42.1 a\) LGSS de 2015](#)), aunque se preste a través de un sistema nacional de salud universal ex [artículo 43 de la CE](#). Como es bien sabido, esta dimensión universalista es la que se reforzó con el [Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio](#).

En tercer lugar, y en coherencia con esa gradual radicalización de la universalidad de la asistencia sanitaria, es necesario recordar que, desde finales del siglo pasado ([RD 63/1995, de 20 de enero](#) –y órdenes de desarrollo–), la legislación de prestaciones de asistencia sanitaria se fue autonomizando cada vez más. De ahí la «cartera de servicios comunes»

(RD 1030/2006, de 15 de septiembre, en desarrollo de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud; el anexo VI RD 1030/2006 ha sido modificado por Orden SCB/45/2019, de 22 de enero; el RD 1506/2012, de 2 de noviembre, regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y fija las bases para sus importes máximos de financiación). Toda esta evolución normativa se irá enmarcando en una idea global, luego extremada: la financiación pública de prestaciones debe tener límites. Por tanto, hará ya acto de presencia un enfoque que, años más tarde, cuando irrumpa con toda crudeza la gran crisis de finales de la primera década del siglo XXI, dominará todas las reformas: la garantía constitucional de mantenimiento de un modelo asistencial sanitario de alta intensidad protectora debe asegurar, al tiempo, su «sostenibilidad frente a las diferentes amenazas que pudieran quebrantarlo».

En un contexto de extrema preocupación por esta sostenibilidad de los sistemas de protección social, finalmente, por no hacer muy extenso este recorrido normativo, el legislador de «austeridad» (RD 1192/2012, de 3 de agosto: 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) derogará el «viejo y franquista» reglamento de prestaciones de la Seguridad Social (Decreto 2766/1967). Inequívoca la voluntad de la norma en relación con aquella finalidad restrictiva general, no dio pista alguna sobre las razones de la derogación del viejo reglamento. ¿Quiso el legislador acabar por fin con el régimen de asistencia sanitaria diferenciada, urgiendo la rectificación del derecho de precedentes jurisprudenciales?

2. Los datos del caso: síntesis del relato fáctico –y del *iter* jurídico previo–

Un trabajador sufrió accidente laboral, a causa del cual le fue amputada su mano derecha. La mutua autorizó la colocación de una prótesis de tipo convencional, no mioeléctrica. La ortopedia encargada de la provisión recomendó al trabajador que optara por «una prótesis con mano biónica», pues garantiza mayor movilidad, aunque es notablemente más cara –49.000 €: incluye implantación y adiestramiento–. El trabajador reclama de la mutua tal nueva prótesis, lo que rechaza la gestora, reclamándose en vía judicial. El juzgado de instancia social da la razón al trabajador, recurriendo la mutua ante la sala de suplicación, que estimará el recurso y revocará la decisión de instancia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Galicia de 27 de junio de 2017).

¿Por qué? No tanto por la derogación del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sino por el nuevo modelo de asistencia sanitaria basado en el principio de igual trato sanitario a igual estado de necesidad en orden a la recuperación de la funcionalidad para mejorar la calidad de vida, con independencia del origen (profesional o común) de la situación de necesidad. De este modo, siendo la normativa aplicable al caso la común asistencial sanitaria

([anexo VI RD 1030/2006](#)), la prestación se ha de realizar conforme «[...] con las posibilidades y recursos de sistema, con arreglo a unos mínimos comunes que se regulan y prestan a nivel de comunidad autónoma [...]» (FJ 1.º, punto 2).

Además, para la sala de suplicación gallega «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». También es importante que se repare en esta reflexión, a mayor abundamiento, pues contrastará en cierta medida con la sentencia elegida para el recurso de casación.

En efecto, contrariado, lógicamente, el trabajador, recurrirá en unificación de doctrina contra tal decisión, invocando de contrario la STSJ de Castilla y León/Burgos de 27 de mayo de 2015 (rec. 309/2015). Esta también fue revocatoria de la dictada en instancia social, pero en un sentido opuesto al de la sala gallega. La sala burgalesa condena a la mutua a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la prótesis más eficaz y reparar el daño profesional lo mejor técnicamente posible, insistiendo en la persistencia de la doctrina jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS- de 2 de abril de 2010, rec. 1047/2009](#)). La prótesis exigida (con valor de 55.000 €) resulta ser claramente más completa, pues «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».

Aunque el Ministerio Fiscal evidenció que había elementos de diferencia entre ambos fallos, la sala de casación no dejará pasar esta oportunidad y considera superado el obstáculo de la contradicción ([art. 219.1 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)). Consecuentemente, entrará en el recurso y situará de este modo la reflexión jurídica: ¿la derogación de la norma reglamentaria que venía fundamentando el reconocimiento, normativo y jurisprudencial social, de la prótesis que mejor satisfaga el derecho de la persona trabajadora a recuperar su calidad de vida debe llevar a la aplicación del catálogo común de la prestación protésica, como afirma la sentencia gallega, o, en cambio, pervive aquel derecho a una protección más intensa, pese a satisfacerse mediante prótesis que quedan fuera del catálogo, por así exigirlo el persistente principio jurisprudencial de reparación íntegra del daño profesional, aun socializado –a través de prestaciones de un sistema público–, como entiende la sala burgalesa?

3. Doctrina jurisprudencial: breviario de los razonamientos para el fallo

La Sala Social del Tribunal Supremo (TS) no solo admitirá el recurso, sino que lo estimará. A su juicio, la derogación de la norma nacional reglamentaria que permitió forjar sus precedentes no hace lo propio con estos, porque rige el principio jurídico subyacente a la norma abrogada: el de reparación íntegra del daño profesional. Para la doctrina de unificación,

la norma asistencial sanitaria común no es de aplicación directa y automática, porque la intensidad protectora de la asistencia sanitaria en contingencias profesionales caería fuera de esta cartera común, por lo tanto, de sus sabidas restricciones financieras (FJ 4.º, punto 3). Si la prestación para la contingencia común responde a un modelo de reparación baremada reglamentariamente, para la contingencia profesional debe prestarse bajo un modelo de reparación íntegra, esto es, «lo más completa» posible (tecnológicamente). Este régimen privilegiado ex [artículo 11.Uno b\) del Decreto 2766/1967](#) no habría sido alterado, al menos no con una «previsión clara», por ninguna de las normas que han afrontado la asistencia sanitaria (general o específica ortoprotésica), por lo que debe seguir rigiendo «la regla tradicional» (FJ 5.º, punto 1, letra C), *in fine*).

Si esta es la doctrina jurisprudencial, ¿cuáles son sus principales razonamientos en derecho para la perpetuación de un principio cuya base normativa –nacional reglamentaria– ha decaído? Los sintetiza de forma muy ilustrativa y precisa la [sentencia](#) en la letra E), punto 1, de su fundamento jurídico quinto:

La solución que acogemos [...] es la más acorde con el mandato del Convenio n.º 17 [...], con nuestra jurisprudencia (que alude al derogado decreto como positivador del principio, más que como su base) [...] con la diversa financiación de la asistencia sanitaria en función de la contingencia [...] (a cargo de la mutua [...], del sistema público) y con la [...] responsabilidad empresarial en estos casos (proclamada desde la Ley de 30 de enero de 1900 como objetiva [...]).

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: ¿una visión progresiva o regresiva del sistema de protección del daño profesional?

4.1. La «palabra de ley» muere cuando se deroga, su espíritu vive (¿«eternamente»?) en el principio jurídico: pero ¿cuál es el auténtico principio rector?

No requiere esfuerzo argumentador evidenciar la gran importancia de esta sentencia. Una trascendencia máxima que se proyecta en la práctica, para avistar la solución de futuro en casos análogos, pero también incide en la comprensión más general de la dinámica evolutiva del sistema de protección asistencial sanitario en materia de contingencias profesionales. Incluso, más allá, es relevante para la propia teoría de fuentes de producción jurídico-sociales (distribución del poder normativo en materia social).

Estamos ante una jurisprudencia netamente conservadora del derecho de precedentes jurisprudenciales frente al derecho legislado abrogatorio o rectificador. La palabra legislativa

(derogatoria y restrictiva, también uniformadora) queda neutralizada, vaciada de todo sentido práctico, primando la decisión de política jurisprudencial del derecho de protección asistencial sanitaria frente al daño profesional socializado, que se tiene por más garantista. En el plano de la teoría de las fuentes jurídico-laborales, el TS desautorizaría aquí la vieja comprensión del proceso jurídico como dominio principal del legislador (típico del modelo continental), que de un plumazo podría convertir repertorios de jurisprudencia en papel mojado (Kirchmann), para abrazar aquella otra concepción (opuesta) del proceso creador de derecho efectivo como obra de la jurisprudencia (típico del modelo jurídico anglosajón), de modo que hasta que la palabra de ley no pasa el filtro de la (última) palabra de los tribunales no constituiría auténtico derecho (vivo, practicado).

En el ámbito del sentido prevalente dado a la política del derecho que promueve esta doctrina jurisprudencial, de las dos direcciones básicas que la monumental STS de 18 de mayo de 1933 (citada en el [estudio preliminar](#) de este monográfico) atribuyera al quehacer de la jurisprudencia, la sentencia aquí comentada opta claramente por la directriz de dar «fijeza a la norma laboral», aun derogada, a través de su eternización en un principio jurídico. Rechaza, así, la otra directriz –que la STS de 18 de mayo de 1933 consideraba principal para el quehacer jurisprudencial, siendo la estabilización jurídica más misión del legislador– de garantizar mejor la «movilidad de la norma» (aquí querida por el legislador, aunque defectuosamente plasmada en el plano técnico) para que pueda ser el derecho «materia flexible, sujeta a renovación como la vida misma». Aunque el propio TS reconoce que el contexto normativo se ha movido –en el nivel internacional y nacional–, al igual que la realidad social ([art. 3.1 Código Civil](#) –CC–), el silencio sobre las razones de la abrogación legislativa es interpretado como asentimiento a la conservación de su derecho precedente, situando como origen del mismo, así como de la propia norma derogada, al principio jurídico, a su vez creado por la jurisprudencia.

Por supuesto, al margen de que puedan gustar más o menos estas opciones, tanto de teoría jurídica como de política del derecho, no habría razón técnico-jurídica suficientemente seria para criticar esta comprensión jurídica exhibida por la Sala Social del TS en esta materia (en otras exhibe la contraria), siendo legítimas tanto la elegida como la contraria, siempre que se fundamente sobre bases jurídicas ciertas y correctas. Sin embargo, a mi entender, el gran problema viene, justamente, de que la construcción del TS se envuelve no solo en algunas notables confusiones conceptuales e institucionales, sino que incluso se asienta sobre varios errores de interpretación, dicho sea con respeto y en aras de la sana crítica científico-social.

Empecemos, a fin de intentar acreditarlo con razonamientos jurídicos, con el último de los argumentos ofrecidos por el TS para fundamentar su decisión de política jurisprudencial del derecho en materia de prestación protésica por daño profesional, perpetuando el principio de integridad del resarcimiento (a cargo del sistema de Seguridad Social, gestionado por la mutua directamente en esta rama). Para el TS, la conservación del principio de resarcimiento íntegro encontraría apoyo en la naturaleza objetiva de la responsabilidad

empresarial en estos casos, «proclamada desde la Ley de 30 de enero de 1900» (el ejemplo de inmovilismo interpretativo jurisprudencial no puede ser más absoluto, al hacernos creer que el sistema ha permanecido inalterado desde el inicio del siglo XX, lo que se sabe no es verdad). Ahora bien, el TS confunde aquí la naturaleza de la responsabilidad socializada (objetiva) con el alcance prestacional de la misma (resarcimiento íntegro).

El sistema evolucionó normativa e institucionalmente desde su configuración inicial, llegando a una mutación significativa al incluirse en un sistema de seguridad social, no ya de aseguramiento del empleador. Como siempre (como toda muerte de algo para que viva otro algo), «el progreso tenía un precio»: la limitación de la reparación del daño ([Desdentado](#)). En suma, frente a lo que afirma el TS, el principio que rige la cobertura socializada (la prestación asistencial forma parte del sistema ex [art. 42 LGSS de 2015](#), aunque no sea netamente económica, sino en especie, pero en todo caso reglamentada), justamente por ser solidaria (universalizada), no puramente contributiva, es el de limitación del resarcimiento socializado y objetivo, en detrimento del principio de resarcimiento íntegro que sí rige el de responsabilidad civil por daño profesional (por culpa).

Naturalmente, si el legislador expresamente asume que la prestación sanitaria, o cualquier otro elemento prestacional del sistema público, deba ser más intenso o pleno en su protección, debe regir esta norma particular y expresa. Pero si, como sucede con relación a la prestación asistencial sanitaria –para otras prestaciones típicas del sistema de Seguridad Social sigue existiendo el carácter diferencial: pensiones y subsidios–, la norma de cobertura singular cede, debe resurgir el principio que de verdad rige el sistema, que no es el de reparación íntegra –por eso el TS no cita ni una sola norma nacional en la que basarlo, solo internacional, sobre lo que luego volveremos–, sino el de reparación limitada. Por lo tanto, sucede justo lo contrario de lo que afirma la doctrina jurisprudencial social de nuestra glosa discrepante, sí era la vieja norma reglamentaria (1967) la que autorizaba positivar el principio de reparación íntegra del daño profesional socializado en su prestación asistencial sanitaria, incluida la protésica, redescubierto o recreado por la jurisprudencia, por lo que, caída su base, ha de caer la norma singular en aras del principio jurídico real: la limitación prestacional social.

4.2. Otra solución de justicia de ocasión, escrita con renglones de derecho social torcidos: una visión conservadora regresiva del sistema

Para tratar de salir del círculo interpretativo vicioso en el que recae el TS (afirma que la jurisprudencia precedente sigue siendo válida, porque la norma derogada realmente reflejaba, no creaba, el principio jurídico que la propia jurisprudencia crea), la Sala Social esgrimiría otro razonamiento relativo a la diversidad de fuentes de financiación de la prestación sanitaria en atención al origen de la contingencia: si común, el sistema público de salud, si profesional, la entidad gestora (mutua). Subyace en este argumento interpretativo, pues,

la primacía de otro principio en detrimento de otro más: el principio contributivo frente al principio solidario. Ninguna duda hay de la diversa fuente financiera de las contingencias profesionales respecto de las que sostienen las contingencias comunes. Ahora bien, en mi opinión, una vez más el TS parte de una afirmación cierta, para terminar con una conclusión confusa: la financiación en un caso es pública, por tanto, sí autorizaría límites conforme a criterios normativos; la financiación en otro caso es contributiva y, por tanto, debería corresponderle una reparación más plena, íntegra, a modo de la lógica de aseguramiento del daño profesional.

Sin embargo, no siendo dudoso que la naturaleza de la prestación –contributiva o no– determina el nivel de intensidad protectora (las contributivas son sustitutorias de lo perdido, las no contributivas compensadoras de la situación de necesidad), este siempre será el fijado por el legislador (por ejemplo, [art. 97.1 y 3 LGSS de 2015](#) para el fondo de contingencias profesionales de la Seguridad Social), al margen de la fuente de financiación –cotización, impuestos–. Por tanto, sin discutir el carácter contributivo legalmente atribuido a la «totalidad de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales» ([art. 109.3 a\) 2.ª LGSS de 2015](#)), todos los recursos del sistema son públicos (también las cuotas patronales) y se integran en un mismo sistema que, además, «es de reparto», para «todas las contingencias», aun con un régimen especial de capitalización del importe de las pensiones de incapacidad (o muerte) derivadas de las contingencias profesionales ([art. 110.3 LGSS de 2015](#)). En definitiva, como acaba de recordar la [Sentencia del Tribunal Constitucional \(STC\) 133/2019, de 13 de noviembre](#) (que será objeto de análisis detenido, en el monográfico de diálogos con la jurisprudencia del mes de abril de esta revista, por la profesora Susana de la Casa), el [artículo 41 de la CE](#) ha consagrado:

[...] la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal [...].

Lo contrario, como subyacería a la posición del TS que aquí se analiza, sería regresar al pasado de la lógica de los viejos aseguramientos mutualistas.

4.3. ¿Qué seguro debe pagar el necesario progreso tecnológico en la protección íntegra del daño profesional?: la norma social internacional también se mueve

Conectando con esta última observación, no tengo duda de que, al final, será algún tipo de aseguramiento empresarial el que terminará pagando el precio de la debida evolución del sistema de protección por daño profesional en la era de la tecnología biónica. El estándar

de protección frente al daño profesional vinculado a la evolución tecnológica es una constante histórico-jurídica. En el ámbito de las prótesis, esta conexión ha estado en el origen de numerosos conflictos en aplicación del viejo –y derogado– [artículo 108 de la LGSS de 1974](#). Hoy, el avance en relación con la reparación de la pérdida de funcionalidad de las extremidades se llama prótesis robóticas o biónicas (brazos, manos, rodillas, piernas), ligándose el progreso en esta materia de protección social a los avances de la ingeniería biónica.

Sin pretender ni un sucinto análisis de esta cuestión –ínsita en el razonamiento del TS, y las dos doctrinas de suplicación en conflicto–, no es ocioso recordar que esta evolución o progreso tecnológico se vincula directamente con un estándar normativo: la mejora de la calidad de vida de las personas que por diferentes razones han perdido partes de su cuerpo, a fin de recuperar la mayor autonomía posible de su vida precedente al hecho traumático (sea o no de origen profesional). En muchos casos, el progreso tecnológico podría hacer realidad una auténtica «reparación del daño» (al recuperar prácticamente toda la funcionalidad perdida, sin descartar mejoras). A juzgar por los estudios, junto a una cuestión personal (se necesita un intenso entrenamiento psicofísico para desarrollar el potencial de estas prótesis), un aspecto económico dificultaría su desarrollo ([Sánchez](#)): tienen unos costes muy elevados, por lo que su normalización depende de la economía particular, sin que pueda generalizarse en el sistema público de base universalista y solidario, como el vigente en la mayoría de los países.

Desde luego, la Sala Social del TS es plenamente consciente de ello. Por eso insiste en la fractura precedente entre la contingencia profesional y la común, y entramos así en su primer y más relevante argumento a favor de perpetuar la regla tradicional propia de un sistema de aseguramiento empleador frente al daño profesional, acudiendo al argumento hoy cada vez de mayor autoridad jurídica: el estándar social internacional. Al respecto, el TS asume tanto la centralidad del juicio de convencionalidad internacional de la norma nacional ([STC 140/2018](#)), primando su mandato sobre el nacional, cuanto la evolución de este estándar. Pero valora aplicar solo el estándar internacional en que se fundamenta la regla tradicional nacional, orillando la movilidad del marco internacional en una dirección mucho más flexible, coherente con la propia evolución de los sistemas asistenciales universales y solidarios.

En efecto, si al final del primer cuarto del siglo XX el estándar normativo internacional ([Convenio 17 OIT](#)) hacía recaer el precio del progreso sobre la lógica del aseguramiento social obligatorio del empleador, en los albores del último cuarto del mismo siglo XX ([Convenio 121](#)) contempla su desviación hacia otros sistemas, autorizando liberar los sistemas universales y solidarios de prestación asistencial frente al daño profesional de una responsabilidad absoluta, total o plena (íntegra), como hemos visto. Este tránsito de un modelo asegurador social empresarial pleno a otro limitado necesitaría una puerta de acceso: que así lo establezca el legislador nacional. Dos condiciones pone el legislador social internacional al nacional: que el sistema de prestación sanitaria sea de base general (universalista y solidario, en definitiva), de un lado; que no queden desprovistas de protección las víctimas

del daño profesional, de otro. Pues bien, el TS considera inaplicable esta normativa habilitadora de la restricción en nuestro derecho por no existir una ratificación expresa y formal del [Convenio 121](#) (norma posterior), y sí mantener la realizada al primero (norma precedente).

El TS exhibe un excesivo formalismo y un extremo reduccionismo interpretativo del sistema de protección del daño profesional. Primero, es de elemental hermenéutica jurídica atender no solo al sentido estricto de las palabras, sino también al contexto normativo, a la teleología de la regulación y a la realidad social del tiempo de aplicación ([art. 3.1 CC](#)). Y esta evolución expresa que la OIT es consciente de que la protección máxima de las víctimas de accidentes de trabajo no puede hacerse recaer sobre el conjunto de la ciudadanía, o incluso de los empresarios financiadores, pues el sistema de reparto y universalista tiene límites de protección para ser sostenible, así como para ser equitativo. Precisamente, la evolución de los sistemas ha ido en esa dirección y es un imperativo constitucional ([arts. 41 y 43 CE](#)).

Segundo, es igualmente manifiesto que el estándar de reparación íntegra del daño profesional sigue en vigor. Pero no solo a través de los sistemas de socialización del mismo, sino a través del típico de la responsabilidad civil por daño profesional culposo, que no se puede socializar (sí asegurar privadamente). En la época del [Convenio 17](#), la mayor parte de los países se basaban en sistemas que inmunizaban al empleador frente a la responsabilidad civil. Esa inmunidad ha cedido hoy por completo. Consecuentemente, el resarcimiento del daño de forma íntegra debe contemplarse a través del sistema global, de manera que sea quien crea el daño profesional el que pague, no el conjunto social –y empresarial–, incentivando también la prevención (función no solo del recargo de prestaciones *ex art. 164 LGSS* –cuya modernidad no es dudosa, aunque en este monográfico se sostienen opiniones diferentes–, sino también de la responsabilidad por violación de derechos fundamentales, como la integridad física *ex art. 183 LRJS*). Que luego el empleador lo asegure será otro cantar.

4.4. Un canon –indeterminado– de convergencia: el límite de la razonabilidad del estándar protector cuando la responsabilidad se socializa (¿y cuando no?)

También esta última constatación nos sirve para la última reflexión crítica del diálogo. La Sala Social del TS, aunque de una forma extremadamente lacónica y difusa, no considerará que el principio de reparación (también asistencial sanitaria) íntegra del daño profesional, aun en su vertiente socializada (asumida por el sistema público con cargo a cotizaciones), conforme al estándar –que, por internacionalizado, valora indisponible para el legislador nacional, salvo que ratifique el [Convenio 121](#)– de máxima prestación sanitaria tecnológicamente posible, sea ilimitado. Expresamente advierte que la perpetuación del principio de reparación íntegra: «[...] 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» (FJ 5.º, punto 2, letra A).

Sin embargo, no ofrece el TS (como debería) pauta alguna para dar algo de certeza en la aplicación de un estándar de ponderación del interés público ínsito en un sistema de reparto tan indeterminado, aunque resulte, naturalmente, muy conocido, pues, en última instancia, no se trata sino de una manifestación de otro principio jurídico: el principio de proporcionalidad. Tampoco las normas sociales internacionales en materia de prevención de riesgos laborales son ajenas a este estándar de razonabilidad (por ejemplo, arts. 4.2, 12 a) y 16.1 y 2 [Convenio 155 OIT](#); art. 9 [Convenio 190](#)). Ciertamente, es propio del mundo anglosajón (avalado por la [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de junio de 2007, C-127/05](#)), pues en el mundo continental impera el de máxima seguridad tecnológicamente posible (condición de progreso: [STS de 17 de marzo de 2015, rec. 2045/2014](#)). Pero no faltan aplicaciones en nuestro sistema jurídico (por ejemplo, [STS 149/2019, de 28 de febrero](#)). Se recordará que el coste de estas prótesis está por encima de 50.000 euros, lo que, sumado a la elevada cifra de siniestralidad grave en nuestro país, puede arrojar cifras considerables.

No podemos extendernos más en el análisis. Tan solo una reflexión final. Como la Sala Social del TS, creemos en la fuerza vivificante y dinamizadora de los principios jurídicos. Pero ni hay un único principio jurídico ni puede primarse uno sobre otros atendiendo a fundamentos tan confusos como errados. Primero, en el sistema de Seguridad Social español rige el principio de limitación de la responsabilidad prestacional por el daño profesional, compitiendo al sistema de responsabilidad civil por el daño (culposo) profesional la garantía de íntegra reparación. Segundo, esta reasignación de los niveles de intensidad protectora frente al daño profesional incentiva su prevención en la empresa, porque no socializa (distribuye entre todos los empleadores mutualistas, generen o no daño profesional) sus costes (asistenciales). Tercero, no sería puro desiderátum, tras la derogación de la norma reglamentaria de 1967, el ideal preconstitucional (LBSS de 1963) de trato uniforme de la asistencia sanitaria, al margen del origen de la contingencia. Al contrario, se trata de un imperativo constitucional normativamente ya formalizado, en aras de la realización de un nuevo y realmente progresista principio jurídico: el de igual trato asistencial para todas las situaciones de necesidad de igual valor.

Finalmente, pues, no hay, a mi juicio, nada de progreso social (fuera de la apariencia tuitiva y de apertura hacia los avances de ingeniería biónica) en la sentencia que comentamos, sino de extremo peso de la inercia histórica que privilegia la protección sanitaria por contingencia profesional. Aunque es la posición mayoritaria en la experiencia comparada, tanto la norma internacional social como el derecho comparado (por ejemplo, Nueva Zelanda) evidencian la apertura al cambio, en una dirección de genuino progreso, por equidad de trato. Por supuesto, no es posible negar la especificidad del daño profesional y la necesidad de protección diferenciada y reforzada. Pero no puede ser a costa de la socialización, sino que debe atribuirse a quien lo crea.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0