

LAS PRESTACIONES SANITARIAS A TRAVÉS DE MEDIOS AJENOS AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS SUPUESTOS MÁS CONTROVERTIDOS

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

*Becaria de investigación FPI.
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Martín GODINO REYES, don Fermín GUARDIOLA MADERA, doña Sofía OLARTE ENCABO, don Ángel Luis SÁNCHEZ IGLESIAS y don Juan Miguel TORRES ANDRÉS.

EXTRACTO

El presente estudio aborda el derecho a la asistencia sanitaria, reconocido en el artículo 43 de la Constitución española, cuando se hace efectivo al margen de las estructuras propias del sistema público sanitario. La normativa vigente únicamente alude de forma expresa a la urgencia vital como supuesto habilitador de la articulación de la técnica del reintegro de gastos médicos. Pero ello no parece que haya resuelto las dudas sobre la procedencia del reembolso cuando son otras las causas que motivan que las prestaciones sanitarias se dispensen fuera del Sistema Nacional de Salud. Por citar algunos ejemplos, ¿tendría derecho un paciente a ver reembolsados los gastos de la atención que recibe en un establecimiento privado cuando el sistema público le denegase indebidamente la asistencia sanitaria? ¿Y si el recurso a la vía privada estuviese motivado con base en un error de diagnóstico en los servicios públicos de salud? ¿Podría obtenerse asistencia sanitaria reembolsable en instalaciones ajenas a la sanidad pública cuando en esta se asiste a una excesiva demora en forma de listas de espera? ¿Asumiría la Administración sanitaria los costes derivados de la atención médica que recibe una persona fuera del Sistema Nacional de Salud al oponerse el tratamiento prescrito en el marco del mismo a sus creencias religiosas? Según puede advertirse, es este un tema no exento de complejidad como consecuencia de la gran casuística que incorpora, lo que justifica que la jurisprudencia haya desempeñado una labor crucial al respecto. A la luz de la misma se analizarán en este artículo las prerrogativas e implicaciones más relevantes de los supuestos, no tan inusuales, en que los servicios sanitarios se dispensan al margen de las estructuras dispuestas por el sistema público.

Palabras claves: asistencia sanitaria, error de diagnóstico, listas de espera, reembolso y gastos médicos.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de revisión: 25-02-2015 / Fecha de aceptación: 25-02-2015

THE HEALTH BENEFITS THROUGH MEANS OUTSIDE THE NHS: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE MOST CONTROVERSIAL ASSUMPTIONS

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

ABSTRACT

This study deals with the right to health care, recognized in the article 43 of the Spanish Constitution, when it becomes effective outside the structures of the public health system. Current legislation only refers explicitly to the vital urgency as an enabler assumption joint technique reimbursement of medical expenses. But this does not seem to have resolved the doubts on the validity of refund when are other causes that motivate that health benefits are dispensed outside the NHS. To cite some examples, would I qualify a patient to see reimbursed the costs of care received in a private school when the public system will unduly which denies healthcare? What if the use of private satellite were motivated on the basis of a diagnostic error in public health services? Could refundable obtained outside health care in public health facilities when this excessive delay is attending as waiting lists? Would assume the health authorities the costs of medical care received by a person outside the NHS to oppose the treatment prescribed thereunder to their religious beliefs? As can be seen, this is an issue not without complexity due to the large case series that incorporates, justifying that case law has played a crucial role in this regard. In light thereof will be discussed in this article privileges and most relevant implications of assumptions, not so unusual, that health services are provided outside the structures arranged by the public system.

Keywords: health care, misdiagnosis, waiting lists, reimbursement and medical expenses.

Sumario

- I. Algunas consideraciones preliminares
 - II. La denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida
 - III. El error de diagnóstico
 - IV. Las listas de espera. Especial referencia a la normativa sobre tiempos máximos de respuesta en el sistema público
 - V. Incidencia del factor religioso o ideológico
 - VI. La asistencia sanitaria en el extranjero
 - VII. Prestaciones carentes de cobertura pública: Las técnicas experimentales y punteras
- Bibliografía

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las prestaciones sanitarias cubiertas por nuestro sistema público de salud únicamente se facilitan por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud (SNS). Luego la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social no asume, en principio, la cobertura de los gastos derivados de la provisión de prestaciones en medios que no sean los designados y organizados en el marco del sistema público sanitario. Sin embargo, esta regla general encuentra en la actualidad una importante excepción en los supuestos de urgencia vital¹, a través de la técnica del reintegro de gastos médicos (art. 9 [Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Como antecedente más emblemático, el artículo 18 del [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 (derogado por el [RD 63/1995](#) y el [RD 1192/2012](#)) hacía referencia expresa, como supuestos motivadores del reintegro de gastos, a la denegación injustificada y la urgencia vital. Con posterioridad, el artículo 5.3 del [Real Decreto 63/1995, de 20 de enero](#), sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, los redujo exclusivamente a la urgencia vital, a la vez que añadió a esta el adjetivo de *inmediata*. La normativa vigente en la actualidad viene de la mano 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, que deroga la norma anterior y asume la regulación del reintegro de gastos, manteniendo la urgencia vital e inmediata como único supuesto excepcional en que se contempla el reembolso (art. 4.3). En concreto, el precepto dispone que «la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero».

¹ Son varios los presupuestos exigidos en la apreciación del carácter vital de la urgencia: la inmediatez de la asistencia sanitaria requerida, la imposibilidad de utilización oportuna de los servicios públicos de salud y la inexistencia de una utilización abusiva de tales servicios.

II. LA DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE LA ASISTENCIA SANITARIA DEBIDA

Según se acaba de advertir, nuestro sistema jurídico excluye formalmente, desde 1995, la denegación injustificada de asistencia sanitaria como supuesto con entidad propia de reintegro de gastos. Sin embargo, no es esta postura pacífica en la doctrina científica ni en la jurisprudencia², al estimarse que es amplio el abanico de posibilidades alternativas que incorpora la regulación³. Subsisten, así, no escasas opiniones empecinadas en su persistencia, sea de forma autónoma (ora vía responsabilidad civil del 1.101 del Código Civil⁴, ora vía responsabilidad patrimonial de la Administración)⁵ o bien solo en cuanto reconducible a la urgencia vital.

De un lado, parte de la doctrina rechaza la vigencia del supuesto de la denegación injustificada de la asistencia sanitaria, a consecuencia de la derogación expresa, hasta en dos ocasiones, del precepto que lo contemplaba. Este proceder legislativo, reincidente según se ha señalado, no parece inocente ni desinteresado y, por tanto, no podría quedar exento de efectos. Lo cierto es que si se recurre a una interpretación literal, sin perjuicio de las críticas de las que ha sido acreedora⁶, se evidencia que, de los vigentes términos normativos, no se desprende la pretendida subsistencia de la denegación como motivo autónomo de reintegro. Antes al contrario, es palpable una neta voluntad legislativa de dejar sin virtualidad el supuesto en cuestión. Es por ello que, expresivamente, se ha

² Se ha afirmado que «la confusión sigue siendo la nota dominante». HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: «Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios: una cuestión poco pacífica», *Revista Aranzadi Social*, núm. 13 (2009), BIB 2009\1692. Un interesante análisis del conflicto en BLASCO LAHOZ, J.: «El reintegro de gastos médicos. Un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *Revista Aranzadi Social*, núm. 11 (2004), BIB 2004\1570.

³ Tres son las opciones que cabe barajar a partir de la regulación reglamentaria: la consideración de que la denegación constituye un supuesto ajeno al reintegro de gastos médicos, de forma que procedería solicitar el correspondiente auxilio judicial en la materialización de lo denegado a costa del sistema, la responsabilidad patrimonial de la administración invocándose el mal funcionamiento de los servicios públicos, así como la minimización sin más de los efectos del cambio operado a nivel reglamentario. SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El derecho a la asistencia sanitaria pública (régimen jurídico de la prestación sanitaria y reintegro de gastos)*, Discurso leído en su ingreso como académico de número de la Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia el 3 de noviembre de 2009, pág. 132.

⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del Sistema de la Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 9, 1998, págs. 73-92. Véase una crítica a esta postura, cuestionándose el carácter contractual de la responsabilidad, en DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 44 (2003), págs. 16 y 17.

⁵ AA. VV.: *Curso de Seguridad Social*, MONTROYA MELGAR, A. (dir.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Cívitas, 2005, pág. 533.

⁶ A juicio de LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 272, realizar una interpretación estrictamente literal y consiguientemente predicar la improcedencia de reintegro en aquellos supuestos en que, de forma injustificada, se deniega la asistencia sanitaria es simplemente «absurdo».

señalado que el mantenimiento en vigor de la denegación injustificada supone emplear muy forzadamente «una hermenéutica laxa ante términos textuales legales tan imperativos y concluyentes»⁷.

Frente a esta versión más apegada a los estrictos términos reglamentarios, emerge otra más amplia y ambiciosa que no se constriñe a una reflexión literal, manteniendo un espíritu fiel a lo que tradicionalmente había sido la regulación imperante. Con base en una interpretación teleológica, los partidarios de esta opción doctrinal abogan por la permanencia de la denegación injustificada como supuesto de reintegro de gastos⁸. En consecuencia, no habría un antes y un después de la derogación efectuada, pues el supuesto continuaría operando en toda su extensión. En este sentido, la jurisprudencia subsiguiente a la reforma acometida por el [Real Decreto 63/1995](#) privó de efecto a la misma, ya que sostenía que el antiguo supuesto de reintegro por denegación injustificada que preveía el artículo 18 del [Decreto 2766/1967](#) seguía existiendo a efectos de justificar la responsabilidad por parte de la Administración de reintegrar el gasto ocasionado como consecuencia de la prestación sanitaria dispensada en el ámbito privado, sin perjuicio de que dicho supuesto había sido «olvidado» por la norma reglamentaria de 1995⁹. Y se reafirmaba el Alto Tribunal señalando expresamente que «así tiene que ser, ya que el [Real Decreto 63/1995, de 20 de enero](#), así como el también [Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre](#), no pueden ser entendidos ni interpretados al margen del reconocimiento constitucional del derecho a la salud y del deber público de proteger ese bien mediante las prestaciones y servicios necesarios»¹⁰.

Más acertada parece la mayoritaria vertiente doctrinal, la cual, en una suerte de posición intermedia, apuesta por la admisión de la denegación injustificada solo en tanto en cuanto esta sea encuadrable en el supuesto de urgencia vital y en las demás prerrogativas que su definición reglamentaria impone¹¹. Lo cual no resulta en modo alguno infrecuente pues, ya se sabe, «los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual,

⁷ GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, págs. 152 y 153. El autor considera que el único supuesto vigente es la asistencia de carácter vital, urgente e inmediata, de modo que la exclusiva referencia reglamentaria a la misma «suprime la causa de denegación injustificada de asistencia, con lo que queda cegado el cauce jurisprudencial antes abierto para el abono de los gastos causados por las demoras en los tratamientos médico-quirúrgicos».

⁸ LUJÁN ALCARAZ, J.: «Extensión material de la obligación de reintegro de gastos sanitarios», *Revista Aranzadi Social*, núm. 1, 1998. BIB 1998\1326.

⁹ DESDENTADO BONETE, en el voto particular a la [STS de 20 de octubre de 2003](#), rec. núm. 3043/2002, señala que el supuesto de reintegro por denegación injustificada de la asistencia del antiguo artículo 18 del [Decreto 2766/1967](#) sigue existiendo aunque haya sido «olvidado» por el [Real Decreto 63/1995](#). Sin embargo, no parece que la ausencia de mención reglamentaria obedeciese a un descuido, si se tiene en cuenta que en el [Real Decreto 1030/2006](#) que le sucede se sigue sin aludir a la denegación injustificada como posible supuesto habilitador del reintegro.

¹⁰ STS de 8 de noviembre de 1999, rec. núm. 3800/1998.

¹¹ ROMÁN VACA, E.: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Madrid: Edersa, 1998, pág. 78; CANTERO RIVAS, R. y ESTÁN TORRES, M. C.: *El reintegro de los gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Granada: Comares, 1998, pág. 13 y ss. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *loc. cit.*, pág. 134.

sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura»¹². Por tanto, si en el contexto de una denegación injustificada y como consecuencia de la misma se deriva una situación de extrema emergencia para el paciente, procede el reintegro de los gastos emanados del recurso a los servicios sanitarios privados¹³. A la luz de este razonamiento, se adivina en la reforma operada un propósito normativo concretado en la extensión de la hegemónica fórmula relativa a la urgencia vital, subsumiendo en ella el supuesto de la denegación injustificada. En otros términos, la urgencia vital quedaría como el supuesto al que habrían de reconducirse los demás para generar derecho al reintegro de gastos médicos. *A sensu contrario*, si la denegación se produce de manera inconexa con aquella, no genera el derecho al reintegro, si bien constituirá un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos (arts. 106 CE y 139 Ley 30/1992), y con él, dará lugar a la correspondiente articulación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, tendente a reparar o compensar por vía económica los perjuicios causados con esa denegación de la asistencia a la que se tenía derecho.

También en sede jurisdiccional ha tenido reflejo la diversidad de posturas a las que se acaba de hacer referencia. En concreto, la doctrina de suplicación se mueve entre la denegación de la denegación como supuesto de reintegro sin más, su vigencia sin especificación del régimen jurídico consiguiente y, por último, su subsistencia, si bien remitida a la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria¹⁴. Así, en determinados pronunciamientos, los Tribunales Superiores de Justicia¹⁵ se posicionan a favor de la vigencia en exclusiva del supuesto de la urgencia vital, rechazando pues la validez de la denegación injustificada para justificar el recurso a la técnica del reintegro. En términos tajantes se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹⁶ cuando sostiene que «en la actualidad el único supuesto de posible reintegro por gastos médicos producidos en centro ajeno a la Seguridad Social es la referida "asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", habiendo dejado de serlo la denegación injustificada de asistencia o su equi-

¹² SSTs de 16 de noviembre de 2009, rec. núm. 4426/2008 (FD 3.º), y de 4 de julio de 2007, rec. núm. 2215/2006 (FD 3.º).

¹³ Tal es el supuesto de hecho de la STSJ de Canarias de 15 de marzo de 2010, rec. núm. 1709/2009, en el que al tiempo que se asiste a una situación de urgencia vital, queda acreditado que el demandante nunca resultó incluido en lista de espera a los efectos de recibir intervención quirúrgica de las dolencias ya determinadas.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *loc. cit.*, págs. 15 y 16.

¹⁵ SSTSJ de Galicia de 30 de mayo de 2008, rec. núm. 5932/2005; de Islas Baleares de 13 de febrero de 2007, rec. núm. 503/2006; de Andalucía/Granada de 31 de enero de 2007, rec. núm. 2553/2006; de Cantabria de 16 de mayo de 2001, rec. núm. 1281/1999; de la Comunidad Valenciana de 26 de enero de 2001, rec. núm. 4458/1997; de Asturias de 9 de junio de 2000, rec. núm. 938/1999; de Castilla y León/Valladolid de 21 de marzo de 2000, rec. núm. 219/2000; y de Cataluña de 14 de enero de 2000, rec. núm. 6456/1999. Por destacar algunos pronunciamientos, la STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 2009, rec. núm. 2720/2008 (FD 3.º), razona que «el único supuesto excepcional susceptible de interpretación, siempre restringida y no extensiva, de reintegro de gastos médicos originados por la asistencia sanitaria prestada en centros privados y fuera del sistema público de salud, es el de carácter vital, urgente y e inmediato». En el mismo sentido, la STSJ de Aragón de 13 de julio de 2006, rec. núm. 594/2006 (FD 3.º), sostiene que «en cuanto a la alegada denegación de tratamiento adecuado, se trataría de un supuesto de responsabilidad de la Administración Sanitaria».

¹⁶ Sentencia de 15 de noviembre de 2011, rec. núm. 3916/2011 (FD 3.º). En idénticos términos, la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2009, rec. núm. 1613/2006 (FD 2.º).

parable error de diagnóstico, que lo eran al amparo del artículo 18 RAS ([Decreto 2766/1967](#))» y advierte que «con ello no queremos decir que los beneficiarios se hallen indefensos frente a estos defectos en la asistencia, sino que la acción a ejercitar no puede ser la del reintegro por atención médica privada (única formulada en autos), sino la que vaya orientada a imponer la obtención de la prestación en los centros oficiales o a una posible indemnización; supuesto este último cuya competencia escaparía al orden jurisdiccional social».

Por tanto, según esta línea interpretativa, la más acertada según se ha justificado líneas arriba, cuando la denegación de asistencia no resulte subsumible en el supuesto de la urgencia vital¹⁷, no cabe ser conocida por la jurisdicción social vía reintegro de gastos, sino que competiría al orden contencioso-administrativo en la modalidad de responsabilidad extracontractual derivada del funcionamiento anormal del servicio sanitario. En este sentido, son cada vez más numerosas las declaraciones de incompetencia de los órganos de lo social en este ámbito, al concebirlo como un supuesto de daños y perjuicios¹⁸. A esta posición se adhiere la doctrina del Tribunal Supremo¹⁹ que, superando su criterio anterior, mantiene que en la actualidad ha desaparecido «la denegación injustificada de la asistencia como causa expresa –legal– de reintegro».

Ahora bien, la postura anterior, lejos de ser unánime, se enfrenta con posicionamientos contrarios que no hacen sino evidenciar que la desaparición de la alusión expresa en la normativa a la denegación injustificada no llegó a cerrar definitivamente el debate. Así pues, no escasean los pronunciamientos judiciales que consideran la denegación injustificada como uno de los supuestos con acceso directo al reintegro²⁰. En concreto, la protección de la salud constituye la idea

¹⁷ La STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2010, rec. núm. 3389/2010 (FD 2.º), se pronuncia sobre un caso en el que el paciente había sido dado de alta por la medicina pública cuando presentaba bronconeumonía doble, que evolucionó favorablemente gracias al tratamiento que se le dispensó en el Ruber Internacional, lo que, según reconoce el propio tribunal, «permite subsumir el supuesto enjuiciado en el propio de urgencia vital».

¹⁸ Con contundencia, la STSJ de Galicia de 20 de julio de 2012, rec. núm. 1581/2009 (FD 3.º), señala que «en la actualidad solo cabe tal reintegro, y por la vía del ejercicio de la acción ante la jurisdicción social, en el supuesto de urgencia vital, derivando el conocimiento del otro supuesto (denegación injustificada) a la vía contenciosa-administrativa». Incidiendo en la vigencia del artículo 2 e) de la [LJCA](#), la STSJ de Andalucía/Granada de 31 de enero de 2007, rec. núm. 2553/2006 (FD 2.º), señala que corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de los litigios de reintegro de gastos sanitarios «cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario». En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 15 de octubre de 2008, rec. núm. 779/2008 (FD único), sostiene que «la excepción admitida por el artículo 5.3 del [Real Decreto 63/1995](#) que autoriza a solicitar asistencia sanitaria privada con derecho al reintegro de los gastos médicos, es el supuesto de riesgo vital, sin perjuicio del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por un anormal funcionamiento del Servicio Nacional de Salud, en el caso que se considere que ha mediado una denegación injustificada de asistencia».

¹⁹ [SSTS de 4 de julio de 2007](#), rec. núm. 2215/2006; [25 de marzo de 2004](#), rec. núm. 1737/2003; y de [25 de noviembre de 2003](#), rec. núm. 4238/2002.

²⁰ [SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de julio de 2008](#), rec. núm. 3235/2007; de Madrid de 16 de junio de 2008, rec. núm. 5238/2007; de [Islas Canarias/Las Palmas de 27 de mayo de 2005](#), rec. núm. 1492/2002; de Cantabria de 30 de octubre de 2003, rec. núm. 660/2003; de Asturias de 18 de enero de 2002, rec. núm. 3407/2000; de [Extremadura de](#)

motriz de la que parte el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León para incluir, entre los supuestos en los que cabe legal y jurisprudencialmente el recurso a medios ajenos al sistema público de salud, aquellos «coincidentes con situaciones de urgencia vital, denegación injustificada de asistencia o prestación de esta de forma inadecuada o ineficaz, ya por error diagnóstico ya por pautarse extemporáneamente, ya por realizarse con técnicas inoperantes»²¹.

Según se colige, la denegación de la asistencia sanitaria debida constituye tradicional peón en el juego de ajedrez entre el orden social y el contencioso, de modo que siguen concurriendo pronunciamientos judiciales en un sentido y otro que no hacen sino fomentar una dualidad jurisdiccional con consecuencias en nada intrascendentes²². En efecto, el conocimiento de tales supuestos tanto por órganos jurisdiccionales de lo social, con base en la articulación de la técnica del reintegro (y, por tanto, contenido de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social), como del contencioso-administrativo, que lo reputa como daño indemnizable a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, deriva en una indeseable divergencia que propicia una fuerte inseguridad jurídica. La llamada a la racionalidad resulta a todas luces imperiosa. Y, desde luego, el camino a seguir en este sentido no puede ser otro que el marcado por la doctrina del Tribunal Supremo, que proporciona todos los elementos para dar por zanjada la disputa. El Alto Tribunal²³ ha insistido en que el apartado e) del artículo 2 de la [Ley 29/1998, de 13 de julio](#), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) introdujo una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos sanitarios por asistencia sanitaria fuera del SNS, de manera que los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en cuanto constituyen «un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción». Por su parte, y a la luz del mismo artículo 2 e) de la [LJCA](#), compete a la jurisdicción contencioso-administrativa «el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario».

En definitiva, la solución más acertada, por su fidelidad con la normativa vigente y su coherencia con la jurisprudencia sentada al respecto, reside en considerar que la denegación injustificada de asistencia habilita el reintegro de gastos únicamente en aquellos supuestos en que su articulación converge en una situación de urgencia vital, aludida esta en exclusiva en la regula-

[10 de septiembre de 2001](#), rec. núm. 415/2001; de Cataluña de 26 de febrero de 2001, rec. núm. 8009/2000; de Andalucía/Granada de 20 de febrero de 2001, rec. núm. 115/2000; y de [Murcia de 17 de abril de 2000](#), rec. núm. 128/1999.

²¹ STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 15 de julio de 2008, rec. núm. 662/2008 (FD único).

²² Los efectos negativos de esta dualidad jurisdiccional no expresamente resuelta han sido concretados en la incertidumbre en relación con la vía judicial adecuada y la contradicción no unificable de criterios doctrinales. DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *loc. cit.*, pág. 29.

²³ [STS de 25 de noviembre de 2003](#), rec. núm. 4238/2002 (FD 3.º).

ción reglamentaria. De no ser así, el artículo 2 e) de la [LJCA](#) remite al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso lo que constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios causados por la caprichosa negativa de la asistencia sanitaria debida.

III. EL ERROR DE DIAGNÓSTICO

El artículo 4.3 del [Real Decreto 1030/2006](#) no incluye el error de diagnóstico como supuesto habilitador del reintegro de gastos médicos. Y no lo hace como tampoco lo hizo en su día el artículo 18 del [Decreto 2766/1967](#), lo que no impidió que una temprana jurisprudencia abogara por su vigencia, sumándola así a la de la denegación injustificada y urgencia vital, contemplados entonces de manera expresa. Ciertamente, el silencio normativo al respecto no supuso óbice para la admisión del carácter reintegrable de las situaciones derivadas del error de diagnóstico, con base en una pretendida equiparación entre este y el supuesto denegatorio²⁴, equiparación que fue avalada por el Tribunal Constitucional en su [Sentencia 101/1987, de 15 junio](#).

Más adelante se reconocería la entidad autónoma del error de diagnóstico y su independencia, por tanto, respecto de la denegación injustificada de asistencia²⁵, sin perjuicio de lo cual se siguió considerando un supuesto incluido a efectos de imputación de responsabilidad del reintegro. Esta era la opción defendida en la STS de 8 de noviembre de 1999, rec. núm. 3800/1998 (FD 2.º), que indicaba que la obligación de reembolso no procedía solo por desatención o por urgencia vital, sino también por el «error que pone en peligro la curación efectiva del paciente». Sin embargo, en su [Sentencia de 25 de noviembre de 2003](#), rec. núm. 4238/2002 (FD 3.º), el Tribunal Supremo abandona de forma expresa la doctrina sentada en la anterior y, según precisa, no tanto porque contuviese un error de interpretación, sino porque resulta la postura más coherente con lo establecido en el artículo 2 e) de la [LJCA](#), precepto que atribuye a dicho orden el conocimiento de los litigios sobre «la responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». En concreto, el Alto Tribunal indica que tal precepto legal «ha introducido una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos sanitarios por asistencia sanitaria fuera del SNS. Los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en cuanto constituyen un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción. Corresponde, en cambio, al orden contencioso-administrativo,

²⁴ SSTs de 2 de marzo y 5 de octubre de 1984.

²⁵ El error no constituye una denegación injustificada de asistencia, sino el ofrecimiento de una asistencia inadecuada. DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *loc. cit.*, pág. 25.

en virtud del artículo 2 e) de la [LJCA](#), el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario», conforme a lo cual concluye que «la reclamación del reintegro de gastos sanitarios por error de diagnóstico solicitado en la sentencia recurrida debió haber sido planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

A pesar de la contundencia con que se expresa, lo cierto es que la doctrina recién trascrita no ha conseguido zanjar definitivamente los debates atinentes a la consideración o no del error de diagnóstico como supuesto habilitante del reintegro de gastos. En efecto, se vuelven a reproducir, esta vez en el marco del error del diagnóstico, las disyuntivas doctrinales a las que se ha hecho referencia líneas arriba en relación con la asistencia denegada, de modo que se asiste de nuevo a una marcada bifurcación entre los partidarios de considerar que se trata de un elemento perteneciente a la materia del reintegro de gastos médicos y, por tanto, propio de la jurisdicción social²⁶, y los que, concibiéndolo como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, abogan por la competencia del orden contencioso-administrativo a través de la correspondiente pretensión indemnizatoria por los daños o perjuicios derivados²⁷.

Conviene poner de relieve que la misma controversia se mantiene en los Tribunales Superiores de Justicia, de forma que son muchas las resoluciones de las Salas de lo Social que, acatando la doctrina del Supremo, apuntan a la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los procesos atinentes al error de diagnóstico si no se da la concurrencia de la urgencia vital e inmediata que condiciona la competencia del social²⁸, mientras que otras, si bien en número decreciente, continúan dando cobijo al supuesto del error de diagnóstico bajo la bóveda del reintegro de gastos²⁹.

Resulta llamativo, cuando no reprochable, que la firmeza de los términos empleados por el Alto Tribunal no haya logrado desterrar la disputa entre jurisdicciones y sembrar la uniformidad de criterio. Siendo, como es, clara y contundente, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial no

²⁶ DÍAZ AZNARTE, M. T.: «El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las prestaciones médico-sanitarias (II)», en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J. L. (dir.), Granada: Comares, 2008, pág. 493.

²⁷ En contra de su inclusión en los preceptos de reintegro por vulnerar el sistema normativo vigente, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: *op. cit.*, pág. 173 y GUERRERO ZAPLANA, J.: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 147-149.

²⁸ SSTSJ de Galicia de 16 de julio de 2012, rec. núm. 417/2009; de Madrid de 12 de febrero de 2010, rec. núm. 5086/2009; de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2009, rec. núm. 316/2009; de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2008, rec. núm. 2793/2007; de Extremadura de 24 de abril de 2008, rec. núm. 2/2008; y de Andalucía/Granada de 31 de enero de 2007, rec. núm. 2553/2006. Expresivamente, la STSJ de Galicia de 20 de enero de 2005, rec. núm. 4159/2002 (FD 2.º), sostiene que, en la actualidad, el único supuesto de posible reintegro por gastos médicos para cuyo conocimiento resulta competente la jurisdicción social es la asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, «habiendo dejado de serlo la denegación injustificada de asistencia o su equiparable error de diagnóstico».

²⁹ STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2003, rec. núm. 697/2003.

debería dejar lugar a la confusión, ya que a la luz de la misma no cabe sino predicar la viabilidad de la articulación de la técnica del reembolso de gastos médicos en todos aquellos supuestos en que el error de diagnóstico obtenido en el sistema público sanitario, subsumiéndose en el contexto de la urgencia vital, lleve al paciente a recurrir a los servicios ajenos al mismo. La indicación de los presupuestos requeridos es tarea compleja, dada la naturaleza eminentemente casuística de la cuestión, si bien pueden ser concretados³⁰, en términos generales, en el uso de los servicios públicos con carácter previo al recurso a la sanidad privada, la acreditación de que no hubo un apartamiento voluntario de los mismos, la constatación de la ineficacia de la asistencia recibida en el sistema público sanitario a efectos de poner fin a la dolencia, la verificación del carácter erróneo del diagnóstico de los servicios públicos, así como la ineludible concurrencia de la situación de urgencia en que el beneficiario se hallaba³¹.

Cuestión diferente es determinar si, una vez obtenido el diagnóstico correcto en la medicina privada, procede igualmente someterse al tratamiento en ella o, por el contrario, el paciente ha de regresar al sistema público sanitario. A este respecto hay que estar, una vez más, a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, ya que, si media una situación de grave riesgo para la vida o la integridad física del enfermo, el sometimiento a la atención privada merece ser amparado por la técnica del reintegro. No así en aquellos supuestos en que no acontezca la urgencia vital, debiéndose regresar a la vía pública tras la obtención del acertado diagnóstico.

IV. LAS LISTAS DE ESPERA. ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA SOBRE TIEMPOS MÁXIMOS DE RESPUESTA EN EL SISTEMA PÚBLICO

En muchas ocasiones, el recurso a la sanidad privada obedece a la dilación (frecuentemente excesiva y exasperante) en la asistencia médica debida como consecuencia de la inclusión en una lista de espera en el SNS. El Tribunal Supremo, desde su [Sentencia de 4 de julio de 2007](#)³², se ha cuidado de precisar al efecto que la mera existencia de listas de espera «en manera alguna justifica por sí misma el derecho del beneficiario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada

³⁰ Consúltase AZAGRA SOLANO, M.: «El reintegro de gastos sanitarios: cómo, cuándo, por qué», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2011) y jurisprudencia citada.

³¹ Según la STSJ de Canarias de 27 de abril de 2012, rec. núm. 1832/2009, cuando se trata de enfermedades graves, como los procesos cancerosos, en que el diagnóstico precoz y el tratamiento inmediato pueden incidir decisivamente en que el paciente conserve la vida, la decisión de acudir a la medicina privada ante el error de diagnóstico de los servicios médicos de la Seguridad Social no puede ser considerada como caprichosa.

³² En el supuesto enjuiciado, en que el SNS incluyó al actor, diagnosticado de desprendimiento de retina, en lista de espera, siendo finalmente intervenido en un centro médico privado, el Alto Tribunal estimó la procedencia del reintegro, argumentando que «el desprendimiento de retina es un problema urgente, hasta el punto de que si todavía no ha afectado a la mácula requiere atención sanitaria dentro de las veinticuatro horas posteriores a los primeros síntomas, al objeto de evitar el deterioro o pérdida irreversible de la visión».

en centro ajeno a la Seguridad Social». Para ello, es preciso acreditar la debida concurrencia de la urgencia vital en los términos reglamentaria y jurisprudencialmente exigidos.

Superándose, así, una intencionada conexión tradicionalmente mantenida entre el supuesto de listas de espera y la denegación de asistencia³³, el Alto Tribunal tiene declarado en la citada resolución que el primero solo origina derecho al reintegro en los casos que resulten subsumibles en la modalidad expresamente prevista en el artículo 4.3 del [Real Decreto 1030/2006](#). En concreto, estima «razonable» considerar supuestos dignos de reintegro aquellos en los que, mediando necesidad de asistencia urgente, vital e inmediata, no sea dable proceder a dicha atención sanitaria requerida como consecuencia de la saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias, obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado «en un plazo justificable desde el punto de vista médico³⁴, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad», en un claro guiño a los términos empleados por la normativa comunitaria reguladora del reembolso de gastos³⁵. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que no es la celeridad con que se atiende en el sector privado lo que justifica el recurso a sus servicios sanitarios (sin perjuicio del incentivo que sin duda conlleva), sino la demora de lo público en cuanto coadyuvante al acaecimiento de una situación de urgente necesidad y en la que, por razones obvias, no puede pretenderse del paciente una incondicionada espera.

Queda claro, por tanto, que si la dilación en la atención sanitaria requerida entraña para el paciente el riesgo inminente de sufrir daños irreparables en esenciales bienes jurídicos como la vida o la integridad física, se reputa procedente la articulación de la técnica de reintegro, asumido el carácter más limitado que reviste la responsabilidad administrativa a este respecto³⁶. El mero estadio de espera en el sistema público no tiene entidad suficiente a estos efectos, ya que el mismo debe converger en una situación en que el cuadro médico del paciente requiera de una asistencia urgente e inmediata, además de vital³⁷.

³³ Conexión defendida en DÍAZ AZNARTE, M. T.: *op. cit.*, pág. 492.

³⁴ No se reputa razonable el plazo del supuesto de autos de la STSJ de Cataluña de 18 enero 2006, rec. núm. 9098/2004, en el que la intervención se practica cuando no habían transcurrido ni tres meses desde la fecha en que la recurrente se integra en la lista de espera.

³⁵ Artículo 22 del [Reglamento \(CE\) núm. 883/2004](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

³⁶ Las acciones de responsabilidad no consiguen «restablecer al paciente en su derecho a una asistencia sanitaria en un tiempo razonable, sino que tan solo pueden aspirar a paliar –mediante compensaciones económicas– perjuicios normalmente irreversibles en los bienes de la salud e integridad física, o incluso la vida». PEMÁN GAVÍN, J.: *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Granada: Comares, 2005, pág. 103.

³⁷ STSJ de Murcia de 5 de marzo de 2001, rec. núm. 711/2000 (FD 2.º): «Ante esta situación no le es exigible al actor otra actitud distinta de la tomada, esto es, no esperar a que la medicina pública le interviniese quirúrgicamente, colocado en una lista de espera sin perspectivas cercanas ni comunicación alguna que le hiciese suponer una pronta operación. Su integridad física en primer lugar y el riesgo que podía correr a la larga caso de no haber sido intervenido con urgencia a la larga, para su vida o al menos para sus dignas condiciones de vida, le obligaron a acudir a la medicina privada para poner fin a sus problemas de imposibilidad de deambulación evitando así las lógicas consecuencias que ello implicaría en cuanto al riesgo de la salud considerada en su totalidad».

En todo caso, no es propósito jurisprudencial la interpretación sumamente rígida de la noción jurídica de urgencia, pues, como se ha advertido, «el riesgo vital puede entenderse como un peligro inminente de muerte que no necesariamente concurre en los casos en que la intervención debe ser inmediata y urgente, lo que significa –una vez más– que puede ser incompatible con la inclusión del paciente en la correspondiente lista de espera pero no necesariamente que tenga que ser intervenido *ipso facto*»³⁸. Esta puntualización resulta a todas luces garantista, ya que aspira a evitar reembolsar los gastos derivados del acceso a los servicios sanitarios privados en los casos en que el mismo ha estado movido por la sola intención de recortar puestos en la consecución de la intervención perseguida, con la consiguiente afrenta a quienes, aquejados de igual mal, aguardan pacientemente el turno asignado por la administración sanitaria pública³⁹. Como se advierte, la cuestión exige máxima cautela, compaginando la proscripción de situaciones fraudulentas con el amparo que merecen aquellos supuestos en los que razonadamente asiste el derecho social fundamental a la asistencia sanitaria.

En materia de listas de espera, resulta referencia obligada la normativa autonómica que articula el derecho al reintegro de los gastos resultantes del uso de medios ajenos al SNS en supuestos de superación de los tiempos máximos expresamente establecidos al efecto. Esta solución, «parecida, pero no idéntica»⁴⁰ al reembolso regulado en el artículo 4.3 del [Real Decreto 1030/2006](#), está referida a supuestos en los que, antes del recurso a la vía privada, ha de aguardarse a que se ponga en marcha el correspondiente procedimiento, sin que proceda en otro caso la articulación de la técnica del reintegro⁴¹. El punto de partida se encuentra en el artículo 4 b) de la [Ley 16/2003](#), el cual, en el marco de los derechos de los ciudadanos en el conjunto del SNS, proclama de forma expresa el derecho «a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del artículo 25». Este último precepto, en su apartado primero, al establecer las garantías de tiempo, señala que «en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del SNS, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco». Curiosamente, y según se verá más adelante, el procedimiento seguido ha sido el inverso, en un sinsentido de política jurídica, pues el real decreto por el que se fijan los criterios marco ha visto la luz con posterioridad a la aprobación por la mayoría de las comunidades de su respectivas normativas.

³⁸ STS de 31 de enero de 2012, rec. núm. 45/2011 (FD 4.º).

³⁹ STS de 7 de octubre de 1996, rec. núm. 109/1996 (FD 2.º).

⁴⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V.: *loc. cit.*, pág. 142.

⁴¹ STSJ de Murcia de 16 de marzo de 2009, rec. núm. 175/2009.

En la actualidad, a excepción de Madrid y Asturias, cada comunidad cuenta con una regulación específica (en forma de ley, decreto u orden)⁴² que habilita al paciente a recurrir a medios ajenos al SNS una vez transcurrido el plazo máximo previsto para una determinada intervención sin que esta se haya efectuado. Mecanismo este que, por las implicaciones que contrae la conversión de los tiempos garantizados de demora en «objetivos de gestión de lista de espera», no ha quedado exento de crítica⁴³.

En tales supuestos, recae sobre la administración sanitaria pertinente la obligación de asumir los gastos derivados de la atención dispensada en el centro de que se trate, en las condiciones y cuantías señaladas en la normativa autonómica en cuestión. Con carácter general, la mayoría de las comunidades autónomas reconocen el derecho a la asistencia sanitaria en el sector privado con facturación a cargo del servicio autonómico de salud correspondiente, con excepción de

⁴² En Andalucía rige la Orden de 18 de marzo de 2005, por la que se establece el procedimiento de pago de los gastos derivados de procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en los centros sanitarios privados por superación del plazo de respuesta máxima establecido por el Decreto 96/2004, de 9 de marzo; en Aragón, el [Decreto 116/2009, de 23 de junio](#); en Canarias, la [Orden de 15 mayo de 2003](#), de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se establecen los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud, cuyo Anexo I es modificado por la Orden de 26 de diciembre de 2006; en Cantabria, la [Ley 7/2006, de 15 de junio](#), de garantías de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada en el sistema sanitario público de Cantabria; en Navarra, la [Ley Foral 14/2008, de 2 de julio](#), de garantías de espera en atención especializada, desarrollada por [Decreto Foral 21/2010, de 26 de abril](#); en Extremadura, la [Ley 1/2005, de 24 de junio](#), de tiempos de respuesta en la atención sanitaria especializada del sistema sanitario público de Extremadura; en Galicia, el [Decreto 104/2005, de 6 de mayo](#), de garantía de tiempos máximos de espera en la atención sanitaria, en vigor en virtud de la disposición transitoria única de la [Ley 12/2013, de 9 de diciembre](#), de garantías de prestaciones sanitarias; en La Rioja, el [Decreto 56/2008, de 10 de octubre](#), por el que se regula la garantía de tiempos máximos de espera y el sistema de información sanitaria en el Sistema Público de Salud de La Rioja; en Murcia, el [Decreto 25/2006, de 31 de marzo](#), por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia; en País Vasco, el [Decreto 65/2006, de 21 de marzo](#), por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi, y el [Decreto 230/2012, de 30 de octubre](#), por el que se establecen para el Sistema Sanitario Público de Euskadi los plazos máximos de acceso a las consultas de cardiología y oncología y pruebas complementarias no urgentes. En Islas Baleares, el [Decreto-ley 3/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes para la reestructuración del Servicio de Salud de las Illes Balears](#) derogó el [Decreto 83/2006, de 22 de septiembre](#), de garantías de los plazos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada programada y no urgente en el servicio de salud de las Illes Balears.

⁴³ Se ha denunciado que los gestores de los hospitales derivan a los pacientes al concierto con entidades privadas, teniendo en cuenta como única variable el tiempo de permanencia en la lista de espera, con el fin de estar dentro de los plazos normativamente indicados. Esto conlleva que se dediquen recursos públicos (con la consiguiente pérdida de oportunidad de dotar a la sanidad pública de los recursos necesarios para una solución estable del problema) a la gestión de las listas de espera en la sanidad privada, suponiendo, en estos casos, «la práctica privada, más que una complementariedad, una vía de escape para la pública». Se concluye, pues, que «el control de calidad y resultados es inexistente o débil, pues el objetivo final es puramente cuantitativo». CAÑIZARES RUIZ, A. y SANTOS GÓMEZ, A.: *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis*. Documento de trabajo 174/2011. Fundación Alternativas, pág. 39.

los gastos de desplazamiento que, o bien son a cuenta del interesado, o bien le son reintegrados con posterioridad a su abono⁴⁴.

Este proceder autonómico ha sido previo, como se señalaba no sin asombro anteriormente, a la regulación de tiempos de espera acometida mediante el [Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio](#), por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. En concreto, la norma recoge los tiempos máximos para la realización de determinadas intervenciones quirúrgicas con base en la aplicación de los criterios de gravedad de las patologías motivo de la atención (patologías que en su evolución posterior originan riesgo de muerte o de discapacidad o disminuyen de forma importante la calidad de vida), eficacia de la intervención (la intervención quirúrgica es eficaz para aumentar la supervivencia, disminuir la discapacidad o mejorar la calidad de vida del usuario) y oportunidad de la intervención (su realización temprana evita la progresión de la enfermedad o las secuelas de la misma).

V. INCIDENCIA DEL FACTOR RELIGIOSO O IDEOLÓGICO

En cualquier análisis del papel que juega el elemento religioso o ideológico en el ámbito del reintegro de gastos, destaca como paradigmático el supuesto atinente a los testigos de Jehová que acuden a medios ajenos al SNS en aras de recibir un tratamiento que no implique sometimiento a transfusión sanguínea, proscrita por su confesión religiosa. Lo cierto es que, si bien la libertad religiosa constitucionalmente consagrada ampara la decisión de aquel beneficiario que no acepta el tratamiento médico indicado por el servicio de salud, en modo alguno respalda que la sanidad pública haya de prestar la concreta asistencia reclamada en los términos impuestos por un singular precepto de una determinada confesión⁴⁵. Dicho de otra forma, por más que el derecho reconocido en el artículo 16.1 de la [CE](#) exija de suyo el debido respeto a toda conducta congruente con las creencias de la persona (consistente, en este caso, en la negativa a ser tratada y el recurso a la medicina privada), ello no avala la obligación de reembolso de los gastos asumidos, de modo que el rechazo del beneficiario respecto del tratamiento prescrito por el servicio médico en razón a sus convicciones religiosas no es contemplado como un supuesto excepcional que justifique la articulación de la técnica del reintegro⁴⁶. La libertad que ostenta el sujeto de someterse

⁴⁴ ARETA MARTÍNEZ, M.: «Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el sistema nacional de salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social», *Revista Aranzadi Social*, núm. 20 (2007). BIB 2007/2783.

⁴⁵ SSTs de [14 de abril de 1993](#), rec. núm. 1446/1992; [3 de mayo de 1994](#), rec. núm. 2710/1993; y de 8 de noviembre de 1999, rec. núm. 3800/1998.

⁴⁶ En la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008, rec. núm. 4500/2007, queda acreditado que la resección quirúrgica colonorrectal constituye una intervención de la que deriva una elevada probabilidad de aparición de cuadros hemorrágicos y que la eventual práctica de transfusiones sanguíneas para el abordaje de tales cuadros constituye un protocolo de actuación acomodado a la *lex artis*. De ahí que el tribunal concluya que ni la actora puede exigir que se habilite

al tratamiento disponible en los servicios sanitarios públicos o, rehusándolo, recurrir a la medicina privada no se ve correspondida, pues, con una obligación de la administración sanitaria de asumir los costes que trae consigo el ejercicio de esa opción individual cuando concluye en una utilización de medios diferentes a los designados al efecto.

Se trata, con ello, de impedir que el alegato de derechos constitucionalmente reconocidos implique una suerte de modulación extensiva del contenido de la asistencia sanitaria. Como acertadamente se ha apuntado, «las convicciones religiosas amparan la renuncia (salvo casos límite) o reducción del contenido de la asistencia sanitaria, pero no su ampliación respecto de lo que sea ordinario; desde luego, no el acudimiento a centros privados para ser tratado con técnicas diversas de las normales»⁴⁷.

Luego la solución en esta suerte de conflictos no es otra que evitar que algo tan perteneciente a la esfera íntima del ser humano como es la libertad religiosa, influya de modo determinante en la configuración de un elemento característicamente público como es el volumen prestacional de la asistencia sanitaria, orientado y configurado con base en el interés general. En consecuencia, parece lógico que quien con base en sus (propias) creencias religiosas decida apartarse de la sanidad pública para recibir un tipo de asistencia diferenciada en la vía privada, contraiga las implicaciones que, en términos de asunción de gastos, derivan de su opción personal. No en vano, es doctrina del Tribunal Supremo que «el Estado debe respetar las creencias religiosas, pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista general, por lo que, en definitiva, ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse»⁴⁸. Si otra hubiese sido la opción escogida, esto es, si el supuesto se reputase digno de reintegro, se plantearían de seguro no escasos problemas de discriminación en relación con los que no participasen de dichas creencias, al estipularse un sistema público displicente con una determinada religión⁴⁹, al tiempo que se asistiría a un fuerte duelo con los presupuestos de igualdad y viabilidad financiera que rigen el SNS, como consecuencia de los requerimientos aparejados a la adquisición, montaje y aplicación de medios técnicos no exigidos por el alcance de su cobertura normal⁵⁰. Cuestión distinta es que se constate que los servicios públicos sanitarios pueden practicar una técnica que excluye la transfusión sanguínea y, con ello, garantizar el ejercicio de la libertad religiosa prevista en el artículo

un centro del SNS que acepte realizar la intervención en las condiciones exigidas por la misma, ni puede pretender que dicho sistema asuma el coste de la intervención médica llevada a cabo en un centro privado.

⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: *loc. cit.*, pág. 153.

⁴⁸ SSTS de 3 de mayo de 1994, rec. núm. 2710/1993 (FD 3.º) y de 14 de abril de 1993, rec. núm. 1446/1992 (FD 2.º).

⁴⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *loc. cit.*, pág. 84: «Si las creencias y su ejercicio práctico son incompatibles con el tratamiento médico que los facultativos de la Seguridad Social estiman adecuado y si las creencias no quieren ser sacrificadas, el sacrificio debe soportarlo quien las tiene, y no quien no las tiene».

⁵⁰ STS de 8 de noviembre de 1999, rec. núm. 3800/1998.

16 de la [CE](#). En tales casos, se ha de informar debidamente al paciente de tal posibilidad y, si es posible, por no suponer una mayor carga de riesgo, proceder a su práctica⁵¹.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema de estudio indicando oportunamente que no se está en modo alguno ante una opción discriminatoria⁵². En concreto, el máximo intérprete de la Constitución parte de la idea motriz de que el reintegro de los gastos es una cuestión independiente de los requerimientos de los artículos 16.3 de la CE y 2.3 de la [Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio](#), de Libertad Religiosa, por lo que, entre las obligaciones del Estado para con el ejercicio de la libertad religiosa, no se entiende incluida la provisión de prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos impuestos por sus creencias. Y, en este hilo argumental, concluye que «el art. 14 de la Constitución reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato».

VI. LA ASISTENCIA SANITARIA EN EL EXTRANJERO

Cuando se requiere asistencia sanitaria urgente e inmediata, habiendo surgido la necesidad inesperadamente fuera de nuestras fronteras con motivo de un viaje o estancia no proyectados a tal fin, y siempre que no resulte posible el traslado a España, la doctrina del Tribunal Supremo⁵³ estima la procedencia de la técnica del reembolso, con independencia de que exista o no convenio suscrito con el Estado en cuestión. Este supuesto habilita, por tanto, al reintegro de los gastos correspondientes a los tratamientos efectivamente dispensados en el país de provisión de los

⁵¹ La [STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 26 de febrero de 2004](#), rec. núm. 207/1999 (FD 3.º), advierte denegación de asistencia sanitaria, dado que la técnica de embolización practicada por el centro privado en cuestión se podía practicar por los servicios públicos de salud «de forma normal y sin problemas». Diferente es la situación planteada en la [STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2008](#), rec. núm. 2522/2007 (FD 4.º), relativa a las técnicas de autotrasfusión por hemodilución, que han de ser solicitadas por el propio paciente en cuanto compatibles con sus creencias religiosas al no ser consideradas transfusiones sanguíneas. Y es que los profesionales sanitarios «han de conocer las técnicas de su profesión, pero no están obligados a conocer los acuerdos de todos los grupos religiosos o ideológicos en cuanto a lo que por la especial interpretación que realizan de sus textos de referencia consideren o no como compatible con los mismos, siempre que no sean notorios». Concluye el tribunal que el hecho que los médicos no estimen médicamente útil la máquina de hemodilución para efectuar una autotrasfusión es perfectamente explicable desde el punto de visto técnico, advirtiendo de que «si desde el religioso el paciente creía compatible con sus creencias esta técnica, era él, y no los médicos, quien debía hacerlo claramente patente, a fin de que si la dilución previsiblemente necesaria no ponía en peligro la vida del paciente, por la muy baja concentración de la sangre resultante, pudiera ser practicada, haciendo compatibles los requisitos mínimos de la medicina con las creencias propias sobre lo que sea o no transfusión de sangre».

⁵² [STC 166/1996, de 28 de octubre](#).

⁵³ [SSTS de 4 de marzo de 2010](#), rec. núm. 1504/2009; de [21 de marzo de 2002](#), rec. núm. 2872/2001; y de [4 de abril de 2000](#), rec. núm. 3104/1999.

servicios sanitarios, aunque el SNS español no disponga de los mismos⁵⁴. Según se colige, ante la concurrencia de urgencia vital⁵⁵, resulta indiferente que la atención médica se haya requerido y provisto en España o en el extranjero, ya que la asistencia sanitaria, en cuanto derecho social fundamental, está garantizada a todos sus titulares con independencia del lugar en que se encuentren cuando concurren circunstancias que exijan una atención inmediata por existir peligro para la vida o la integridad física del beneficiario⁵⁶.

Ahora bien, el anterior no constituye el único caso en que está previsto el reintegro de gastos efectuados fuera del país, pues también se entienden amparadas aquellas situaciones en que el tratamiento que imperiosamente se necesita no puede ser dispensado en el ámbito del SNS, de forma que se revela perentorio acudir a centros extranjeros, siempre que medie la correspondiente autorización del desplazamiento⁵⁷. Consiguientemente, no se entiende que media urgencia vital si el individuo se traslada al extranjero para ser tratado o intervenido sin autorización oficial⁵⁸, a menos que surja la urgencia estando ya en el mismo, sin buscar de propósito la situación⁵⁹.

A sensu contrario, la técnica del reintegro no ampara aquellos supuestos en que se produce un apartamiento voluntario de la sanidad pública española para someterse a un tratamiento en servicios sanitarios extranjeros. En efecto, cuando el trasfondo del acceso a los medios sanitarios de un país diferente reside, a título de ejemplo, en la pretensión de eludir listas de espera o en la búsqueda de técnicas sanitarias no practicadas en el ámbito del SNS español, la jurisprudencia⁶⁰ descarta el reembolso de los gastos emanados de la prestación de tales servicios. Recuérdese que, conforme se ha advertido líneas arriba, no resulta exigible que nuestro sistema público sanitario dispense todas las técnicas y avances disponibles en los demás, de manera que no puede ser compelido a proveer de la asistencia sanitaria que comprende aquellos medios solamente accesibles

⁵⁴ STSJ del País Vasco de 30 de mayo de 2000, rec. núm. 2919/1999.

⁵⁵ Por razones obvias, la urgencia vital no queda acreditada cuando se trata de un control rutinario que perfectamente se puede llevar a cabo en el SNS español. Así se pone de relieve en la STSJ de Andalucía de 2 de julio de 2007, rec. núm. 1011/2007 (FD 3.º), en la que se determina que «la posterior visita a la Clínica Mayo de U.S.A. únicamente tenía por objeto someterse a un control rutinario, sin que constara la existencia de evolución desfavorable de su patología o la aparición de cualquier síntoma que aconsejara, por su gravedad o alarma, acudir a la Sanidad extranjera. El seguimiento del síndrome de Gorham y Scout, ya diagnosticado y tratado en el extranjero, bien pudo continuarse en los centros sanitarios españoles».

⁵⁶ STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2011, rec. núm. 3932/2011, recogiendo doctrina consolidada del Tribunal Supremo.

⁵⁷ SSTS de 12 de julio de 1984, 11 de julio de 1985, 15 de diciembre de 1986 y 22 de octubre de 1987, entre otras.

⁵⁸ En la STSJ de Andalucía de 29 de enero de 2009, rec. núm. 235/2008, el hecho de haber acudido a un centro hospitalario de Chicago, por propia voluntad, sin solicitar la previa autorización del SAS, excluye el reintegro.

⁵⁹ SSTS de 29 de abril de 1986, 30 de marzo de 1988, 26 de febrero de 1990 y 17 de julio de 1990.

⁶⁰ SSTS de 21 de diciembre de 1995, rec. núm. 1967/1995; 7 de octubre de 1996, rec. núm. 109/1996; y 8 de marzo de 1996, rec. núm. 2637/1995.

en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior, y ello por «la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios». No resulta costoso advertir que el trasfondo de esta opción jurisprudencial reside en la virtualidad de los principios de igualdad y justicia social. Ciertamente, si tales supuestos se considerasen habilitadores del reintegro se originarían no escasos cuestionamientos por el agravio comparativo respecto de aquellas personas que, revistiendo iguales patologías, no gozasen de medios económicos para anticipar los gastos aparejados al sometimiento en el extranjero de técnicas más aventajadas que las disponibles en el SNS español.

VII. PRESTACIONES CARENTES DE COBERTURA PÚBLICA: LAS TÉCNICAS EXPERIMENTALES Y PUNTERAS

El derecho a la asistencia sanitaria reconocido en el artículo 43 de la **CE** no se predica respecto de todo tipo de prestaciones, sino únicamente de aquellas incluidas en el marco del sistema público sanitario. En efecto, las prestaciones sanitarias se hallan circunscritas al ámbito del catálogo y de la cartera de servicios comunes del SNS que, acometiendo el desarrollo constitucional encomendado por el 53.3 de la **CE**, representan el auténtico contenido del derecho a la asistencia sanitaria⁶¹. En coherencia con ello, la técnica del reintegro se encuentra igualmente constreñida a los procedimientos incluidos en dicha cartera de servicios, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 4.3 del **Real Decreto 1030/2006**. Y es que, si el derecho a las prestaciones sanitarias se halla en directa relación con aquellas incluidas en el catálogo normativamente establecido, resulta lógico que el derecho al reembolso, que requiere a aquel como presupuesto ineludible, también se materialice en conexión al mismo catálogo. La cartera de servicios opera, pues, a modo de frontera en la delimitación de las prestaciones reintegrables⁶², de modo que los gastos que ocasionen aquellas no contempladas en el marco del SNS no llevan aparejado el derecho al reembolso, por más que concurra el supuesto de la urgencia vital y demás requerimientos reglamentariamente establecidos al respecto.

⁶¹ La STSJ de Canarias de 27 abril de 2012, rec. núm. 1832/2009 (FD único), resumiendo la doctrina de la sala en torno al reintegro de gastos médicos, indica que, en la medida en que los medios públicos con los que se hacen efectivas las prestaciones son por necesidad limitados y vienen conformados por las decisiones políticas y presupuestarias que se adoptan por los poderes públicos a lo largo del tiempo, «existe la tendencia a pensar que el concreto contenido del derecho a prestaciones sanitarias viene delimitado por la disponibilidad y suficiencia de tales medios, pero esto no es así, puesto que el contenido del derecho a prestaciones de asistencia sanitaria viene determinado por las normas jurídicas que desarrollan el derecho a la protección de la salud».

⁶² A modo de ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 2000, rec. núm. 2432/1999 (FD 4º.), rechaza el reintegro de los gastos derivados de la «obtención de todas las piezas cerradas bajo anestesia lo que supone la realización de pulpotomía y pulpectomía en los molares y colocación de coronas de cromo-níquel, reconstrucción con material adhesivo, pulido y limpieza de todos los dientes», al considerar que tal tipo de tratamientos no puede ser incluido dentro del «tratamiento de procesos agudos odontológicos, incluida la extracción de piezas dentarias» contemplado en la cobertura pública.

Conviene precisar que el contenido del catálogo ha de ser tenido en cuenta, a efectos de determinar las prestaciones acreedoras de reintegro, en el momento en que se provee la asistencia sanitaria. Esto es, solo procede la restitución de los costes asumidos respecto de prestaciones que, cuando son dispensadas, se hallan contempladas en la cartera de servicios, no siendo relevante a estos efectos que se incorporen con posterioridad a la misma⁶³. Un buen ejemplo de lo antedicho se halla en la renovación del procesador externo de un implante coclear quirúrgico llevada a cabo en 2009, no estando en dicha fecha incluida en la cartera de servicios comunes del SNS, pues no lo fue sino hasta el 8 de junio de 2010 (fecha de entrada en vigor de la [Orden SAS/1466/2010, de 28 de mayo](#)). En este supuesto, y según lo recién apuntado, se ha concluido acertadamente la improcedencia de la pretensión de dicha renovación, «al ser el hecho causante –la efectiva compra del procesador– de data anterior a la norma cuya aplicación se pretende»⁶⁴.

La técnica del reintegro no puede utilizarse, en definitiva, a modo de paraguas que habilite la cobertura respecto de prestaciones no comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social. Resulta muy ilustrativo en este contexto el supuesto de las técnicas de reproducción asistida. El punto 5.3.8 del Anexo III del [Real Decreto 1030/2006](#) incluye en la atención sanitaria especializada la reproducción humana asistida «cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos». Coherentemente con la línea argumental que se viene sosteniendo, la [STS de 16 noviembre de 2009](#), rec. núm. 4426/2008, denegó el reintegro de los gastos derivados del diagnóstico genético preimplantatorio, al no estar incluido entre las prestaciones sanitarias del SNS. Por igual motivo, tampoco se consideró digno de reembolso un tratamiento de donación de ovocitos para la infertilidad en la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2006, rec. núm. 337/2005 (FD único), en la que se concluyó que «no se reclaman ahora los gastos de un tratamiento de infertilidad, sino los ocasionados por la asistencia consistente en la donación de ovocitos ante la imposibilidad de ovulación propia, y por lo demás la demandante continúa siendo estéril aunque se consiguiera un embarazo mediante la implantación de embriones».

Los supuestos relativos a las operaciones de cambio de sexo han sido, por su parte, protagonistas de no escasas controversias. La sanidad pública, de conformidad con la jurisprudencia al respecto⁶⁵, únicamente acoge la cirugía reparadora en supuestos de estados intersexuales patológicos, por lo que quedan materialmente excluidos aquellos casos en los que se asiste a una situación de transsexualismo (criterio que operaba en virtud del [RD 63/1995](#) y que prosigue tras la entrada en vigor del [RD 1030/2006](#)). Esta es la opción defendida en la STSJ de Galicia de 16 de julio de 2012, rec. núm. 417/2009, pero no es plenamente pacífica. Valga referirse a este respecto a la [STSJ de Madrid de 30 de junio de 2005](#), rec. núm. 1474/2005 (FD 1.º), en la que se vino a aportar un sorpresivo

⁶³ Un análisis del criterio del Tribunal Supremo en relación con la inaplicación retroactiva de las modificaciones de la cartera de servicios, en SEMPERE NAVARRO, A. V.: *loc. cit.*, págs. 143-145.

⁶⁴ [STSJ de Aragón de 28 de octubre de 2011](#), rec. núm. 680/2011 (FD 5.º).

⁶⁵ [SSTS de 29 de mayo de 2007](#), rec. núm. 4407/2005 y de 27 de marzo de 2007, rec. núm. 4518/2005.

planteamiento. En concreto, tras argumentarse que el sujeto en cuestión encontró en el cambio de sexo el único medio de alcanzar su salud mental y poder desarrollar una vida plena desde la perspectiva personal, familiar, profesional y social, el órgano jurisdiccional sostiene que el cambio de sexo como consecuencia de la transexualidad no queda excluido de la prestación sanitaria y que, en consonancia con los artículos 43 de la CE y 1 de la LGS, ha de ser reparado con cargo al sistema sanitario público. Se insta, así, a una interpretación del catálogo de prestaciones «de forma dinámica y abierta a la evolución médica y social». Lo cierto es que el pronunciamiento no deja de ser controvertido⁶⁶, toda vez que el órgano jurisdiccional no encuentra en la ausencia de inclusión del cambio de sexo en la norma reglamentaria obstáculo alguno para dictaminar la procedencia del reintegro.

Tampoco originan derecho al reintegro los gastos dimanados de tratamientos no autorizados con base en su condición de técnicas pioneras o experimentales, en fase de investigación clínica o sin evidencia científica constatada⁶⁷. Como viene siendo consolidada jurisprudencia, el nivel de la asistencia sanitaria pública en modo alguno ha de ser inferior al que pueda ser dispensado por la medicina privada, debiendo incluir además de las comprendidas en el catálogo de servicios sanitarios, aquellas en las que se acredite «suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autovalimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento»⁶⁸. En términos expresivos se ha pronunciado la doctrina de suplicación, señalando que el sistema de protección social no está obligado a proporcionar cualquier técnica a la que recurra la ciencia médica, sino únicamente las adecuadas para conseguir el fin que pretende la intervención médica, que no es otro que el restablecimiento completo de la persona enferma, excluyendo por lo tanto «aquellos tratamientos que tengan un carácter experimental, que no ofrezcan resultados definitivos, o en los que exista una manifiesta desproporción entre los medios empleados y los resultados obtenidos»⁶⁹.

A su vez, del recurso a la sanidad privada con el ánimo de acceder al disfrute de técnicas más punteras tampoco emerge el derecho al reintegro⁷⁰. Así se sostiene en una reiterada línea jurisprudencial⁷¹, según la cual, el tratamiento técnicamente más avanzado en una clínica priva-

⁶⁶ Véase una crítica en RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Transexualidad, cambio de sexo. Su cobertura por el sistema nacional de salud», *Revista Aranzadi Social*, núm. 22 (2005), BIB 2005\2802: «Es obvio que el legislador ha querido y creído oportuno limitar en su financiación la cirugía de cambio de sexo a los supuestos de reparación de estado intersexuales patológicos, que no es el caso que nos ocupa. Otra cosa es que se piense que debería ser objeto de financiación pública, pero entramos en el terreno de la oportunidad o de política legislativa que al juzgador no le compete».

⁶⁷ SSTs de 17 de julio de 2007, rec. núm. 557/2006; de 25 de marzo de 2004, rec. núm. 1737/2003; y de 20 de diciembre de 2001, rec. núm. 1661/2001.

⁶⁸ STS de 20 de diciembre de 2001, rec. núm. 1661/2001 (FD 5.º).

⁶⁹ STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, rec. núm. 148/2006 (FD 2.º).

⁷⁰ La STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2007, rec. núm. 415/2007 (FD 2.º), deniega el reintegro al considerar que se optó por un tratamiento quirúrgico más aventajado que, si bien «humanamente entendible», no podía ser dispensado en el marco del sistema público sanitario en cuanto el actor acude a la medicina privada «con la propuesta de una técnica quirúrgica más avanzada con láser CO2».

⁷¹ SSTs de 17 de julio de 2007, rec. núm. 557/2006, y 25 de marzo de 2004, rec. núm. 1737/2003.

da no autorizado por el sistema público sanitario ni dispensado por el sistema no constituye un supuesto que habilite al pertinente reembolso de los gastos médicos, de modo que «la obtención por decisión propia de una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacía una cobertura de vocación universal»⁷².

Ciertamente, no cabe exigir que el SNS goce del máximo nivel alcanzable, pero sí que aquel nivel finalmente alcanzado conforme a las posibilidades económicas existentes sea disfrutado por la totalidad de la sociedad. En este postulado radica el sentido de los principios de solidaridad e igualdad que definen la articulación de las prestaciones sanitarias. En efecto, el artículo 43 de la CE, cuando configura a «todos» como titulares del derecho a la protección de la salud, «necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, solo son accesibles a algunos, no a todos»⁷³.

Los principios de igualdad y eficacia en que se sustenta el sistema público sanitario, así como su preceptiva estabilidad financiera constituyen la principal justificación de los límites inmanentes a la asistencia debida. Es por ello que el SNS ha de dispensar la pertinente atención sanitaria a través de los medios técnicos de que dispone, de forma que no resulta exigible a aquel el empleo de las técnicas más avanzadas o de coste excesivo⁷⁴, toda vez que el sistema público sanitario se mueve en la permanente búsqueda de una fiel sintonía entre la limitación de medios y la universalización constitucionalmente asumida. El SNS opera con unos recursos tasados a los que tienen que acogerse los beneficiarios, los cuales, «si quieren disponer de técnicas ultramodernas, o muy avanzadas, solo efectuadas en el extranjero o en la medicina privada nacional, tienen que sufragar los gastos que se le originan y que en modo alguno pueden repercutir en el sistema público de Salud»⁷⁵.

⁷² SSTs de 13 de octubre de 1994, rec. núm. 1141/1994 (FD 3.º). Con razón, advierte POLO SÁNCHEZ que «el Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente una posición más rígida, vinculada a la insuficiencia de recursos económicos y a la imposibilidad de alcanzar niveles de calidad punteros en la totalidad de servicios y prestaciones reconocidos. Incluso los avances que hayan podido ser implantados en el sector sanitario privado, y merecedores de todos los elogios por parte del Alto Tribunal, no necesariamente admiten una comparación que lleve en todo caso a pretender trasladar ese mismo esquema de cobertura al modelo público de sanidad». POLO SÁNCHEZ, M. C.: «La apreciación de urgencia vital ante un proceso irreversible de infertilidad», *Revista Aranzadi Social*, núm. 2 (2009), BIB 2009\406.

⁷³ Doctrina contenida en las SSTs de 13 de octubre de 1994, rec. núm. 1141/1994 (FD 3.º) y de 21 de diciembre de 1995, rec. núm. 1967/1995 (FD 2.º), reiterada en las de 29 de mayo de 2007 (FD 2.º) y 16 de noviembre de 2009, rec. núm. 4426/2008 (FD 3.º).

⁷⁴ Una paradigmática excepción en [STSJ del País Vasco de 24 de junio de 2008](#), rec. núm. 799/2008, en relación con la técnica del lavado seminal.

⁷⁵ STSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2001, rec. núm. 3187/1999 (FD 1.º).

Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R. [1998]: «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del Sistema de la Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 9.
- ARETA MARTÍNEZ, M. [2007]: «Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el sistema nacional de salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social», *Revista Aranzadi Social*, núm. 20.
- AZAGRA SOLANO, M. [2011]: «El reintegro de gastos sanitarios: cómo, cuándo, por qué», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9.
- BLASCO LAHOZ, J. [2004]: «El reintegro de gastos médicos. Un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *Revista Aranzadi Social*, núm. 11.
- CANTERO RIVAS, R. y ESTÁN TORRES, M. C. [1998]: *El reintegro de los gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Granada: Comares.
- CAÑIZARES RUIZ, A. y SANTOS GÓMEZ, A.: *Gestión de listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Una breve aproximación a su análisis*, Documento de trabajo 174/2011, Fundación Alternativas.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E. [2003]: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 44.
- DÍAZ AZNARTE, M. T. [2008]: «El régimen jurídico de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las prestaciones médico-sanitarias (II)», en AA. VV., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J. L. (dir.), Granada: Comares.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. [2003]: *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- GUERRERO ZAPLANA, J. [2004]: *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Valladolid: Lex Nova.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M. [2009]: «Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios: una cuestión poco pacífica», *Revista Aranzadi Social*, núm. 13.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. [2007]: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LUIJÁN ALCARAZ, J. [1998]: «Extensión material de la obligación de reintegro de gastos sanitarios», *Revista Aranzadi Social*, núm. 1.
- PEMÁN GAVÍN, J. [2005]: *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Granada: Comares.
- POLO SÁNCHEZ, M. C. [2009]: «La apreciación de urgencia vital ante un proceso irreversible de infertilidad», *Revista Aranzadi Social*, núm. 2.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G. [2005]: «Transexualidad, cambio de sexo. Su cobertura por el sistema nacional de salud», *Revista Aranzadi Social*, núm. 22.
- ROMÁN VACA, E. [1998]: *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Madrid: Edersa.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. [2009]: *El derecho a la asistencia sanitaria pública (régimen jurídico de la prestación sanitaria y reintegro de gastos)*, Discurso leído en su ingreso como académico de número de la Academia de Farmacia Santa María de España de la Región de Murcia el 3 de noviembre de 2009.