

# EL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES LEGISLATIVAS Y DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ  
*Técnico de Investigación*  
*Universitat Oberta de Catalunya-UOC*

## Extracto:

EL tratamiento jurídico de los supuestos de reintegro de gastos médicos previsto en el Decreto 1030/2006 mantiene un planteamiento continuista con su precedente (el Decreto 63/1995), omitiendo toda referencia a la posibilidad de reclamar el reembolso en los supuestos de «*error de diagnóstico*» y de «*denegación injustificada de asistencia*». El estudio, dividido en dos apartados, analiza, en primer lugar, el régimen jurídico del reintegro de gastos médicos en los supuestos de «*urgencia vital*» previsto en el Decreto 1030/2006. En segundo lugar, el trabajo se centra en el análisis de los controvertidos supuestos de «*error de diagnóstico*» y «*denegación injustificada de asistencia*»; prestando especial atención a la discusión relativa a la posibilidad de defender su vigencia en el actual marco normativo, teniendo muy presente el tratamiento dispensado por la jurisprudencia y la doctrina judicial más reciente. Análisis que permite concluir que, a pesar de su omisión en el Decreto 1030/2006, es posible defender la posibilidad de su reclamación.

**Palabras clave:** reembolso gastos médicos, urgencia vital, denegación injustificada de asistencia y error de diagnóstico.

# Sumario

0. Planteamiento de la cuestión.
1. El reintegro de gastos médicos en situaciones de urgencia vital.
2. Reintegro de gastos médicos en los supuestos de «error de diagnóstico» y «denegación injustificada de asistencia»: una controversia sin resolver.
3. Valoración final: la vigencia de los supuestos de error de diagnóstico y denegación injustificada de la asistencia debida con carácter autónomo e independiente a la luz del artículo 4.3 del Decreto 1030/2006.

## 0. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el sistema español de Seguridad Social no existe un derecho de opción libre del beneficiario entre la medicina pública y la privada. Por consiguiente, si se quiere hacer efectivo el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, no es posible el reintegro de gastos médicos<sup>1</sup>. Como es bien sabido, el artículo 102.3 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE 20 de julio) –no derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio–, dispone que «las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios distintos de los asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen». Y el artículo 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (BOE 29 de abril), General de Sanidad, establece que «las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a estos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias»<sup>2</sup>. Es, por tanto, un «sistema de prestación de servicios sanitarios por la Entidad Gestora de manera directa y no un sistema de reembolso de gastos»<sup>3</sup>.

Así pues, el beneficiario-enfermo no es libre de acudir, a costa de la Seguridad Social, a los servicios sanitarios que más le convengan<sup>4</sup> o a los que le ofrezcan las máximas garantías de cura-

<sup>1</sup> BLASCO LAHOZ: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales». *Aranzadi Social*, n.º 11, 2004, versión digital (BIB 2004\1570). *Vid.* también al respecto, entre otros, CAPILLA BOLAÑOS: «La casuística de los reintegros de gastos médicos». *Actualidad Laboral*, 1996-III, pág. 658.

<sup>2</sup> Como afirma la STSJ Cantabria 18 de diciembre 2002 (AS 2003\1663) «el legislador español ha optado por la prestación de este servicio a través de sus propios medios y estructuras, constituyendo un Sistema Nacional de Salud de carácter público, en el que se integran y coordinan las competencias de la Administración General del Estado y las propias de las Comunidades Autónomas. Las administraciones competentes están obligadas a prestar este servicio a través de sus medios propios (o, en su caso, concertados), de forma que el titular del derecho a prestaciones no puede dirigirse a instituciones sanitarias distintas a las previstas para obtener las correspondientes prestaciones, siendo a su exclusivo cargo los gastos que se le originen cuando así lo haga». *Vid.* también en términos similares, entre otras, STS 20 de marzo 1986 (RJ 1364); SSTCT 6 de marzo 1989 (RTCT 2284); y 25 de febrero 1989 (RTCT 1752); y SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005 (AS 3065); y 26 de noviembre 2004 (JUR 311444); y Comunidad Valenciana 7 de julio 2005 (AS 3425).

<sup>3</sup> GONZÁLEZ DÍAZ: «Reintegro de gastos sanitarios motivados por error de diagnóstico del sistema público de salud». *Aranzadi Social*, n.º 21, 2001, versión digital (BIB 2002\50).

<sup>4</sup> STS 20 de enero 1987 (RJ 880).

ción<sup>5</sup>. Esto es así, porque la Seguridad Social tiene que responder a normas preestablecidas sobre el alcance de su acción protectora a fin de garantizar tanto la eficacia en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone la necesidad de un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos<sup>6</sup>. Por todo ello, «el reintegro de gastos médicos por servicios prestados fuera del Sistema Nacional de Salud es pues excepcional [y] quiere diferenciar entre necesidad y deseo. La satisfacción de los deseos (...) por muy legítima y comprensible que resulte no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos»<sup>7</sup>.

Como apunta la STSJ Cantabria 17 de abril 2000<sup>8</sup>, siguiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, «a los afiliados y beneficiarios [no se les concede] un derecho de opción, sino que la medicina privada tiene carácter excepcional a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso para evitar conceder reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones de la Seguridad Social que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que la mayoría de ocasiones en que se les margina tiene causa en decisiones caprichosas o por intereses profesionales o de excesivos aunque humanamente comprensible, afán familiar de agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas»<sup>9</sup>.

Ahora bien, siguiendo la exposición de la STS 20 de marzo 1986<sup>10</sup>, si bien es cierto que «la Seguridad Social Española, por regla general, no abona los gastos de la asistencia sanitaria cuando el beneficiario por decisión propia o de sus familiares utilice servicios distintos de los que le hayan sido designados, (...) esa regla admite [una excepción –conforme a la normativa actual–], cuando la utilización de servicios médicos distintos de los de la Seguridad Social sea debida a una asistencia urgente de carácter vital».

Excepción que se encontraba recogida en el artículo 5.3 del Decreto 63/1995, de 20 de enero (BOE 10 de febrero), sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> STS 14 de diciembre 1988 (RJ 9617).

<sup>6</sup> STS 16 de febrero 1988 (RJ 632).

<sup>7</sup> STSJ La Rioja 17 de mayo 1991 (AS 3064); y 26 de febrero 1998 (AS 191). En términos similares, SSTSJ Navarra 31 de enero 2005 (AS 699); y Madrid 22 de diciembre 2003 (AS 2004\993). Recogiendo este planteamiento en la doctrina, TARABINI-CASTELLANI AZNAR: «Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital». *Aranzadi Social*, n.º 10, 2002, versión digital (BIB 2002\1289).

<sup>8</sup> AS 1497.

<sup>9</sup> Recogiendo este planteamiento en la doctrina laboral, entre otros, GARCÍA NINET: «Reintegro de prestaciones por la utilización de la medicina privada». *Tribuna Social*, n.º 1, 1991, pág. 23.

<sup>10</sup> RJ 1364.

<sup>11</sup> En concreto, se afirma que «en los 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 pudieran utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción». Regla que, a su vez, procedía del artículo 18.4 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre (BOE 28 de noviembre), que regula las prestaciones y ordenación de servicios médicos de la asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, y que disponía: «cuando la utilización de servicios médicos distintos de los asignados por la Seguridad Social haya sido debida a una asistencia urgente de carácter vital, el beneficiario podrá formular ante la Entidad obligada a prestarle asistencia sanitaria la solicitud de reintegro de los gastos ocasionados, que será acordado por esta si de la oportuna información que se realice al efecto resultara la procedencia del mismo».

Norma que, por otra parte, disponía que «la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable» (art. 5.1).

Finalmente, el artículo 4.3 del Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (BOE 16 de septiembre), que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización<sup>12</sup>, establece 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»<sup>13</sup>.

Así las cosas, en un primer nivel de análisis, se comprueba que el Decreto 1030/2006 mantiene un planteamiento continuista. Característica lo suficientemente relevante como para afirmar, adelantando las conclusiones y haciendo una prospección de futuro, que es poco probable que la promulgación de esta norma vaya a contribuir en exceso a la mitigación de la litigiosidad y/o de las controversias existentes en sede judicial y doctrinal.

La exposición que sigue, dividida en dos apartados, analiza, en primer lugar, el régimen jurídico del reintegro de gastos médicos en los supuestos de «urgencia vital» previsto en el Decreto 1030/2006. En segundo lugar, el estudio se centrará en el análisis de los controvertidos supuestos de «error de diagnóstico» y «denegación injustificada de asistencia»; prestando especial atención a la discusión relativa a la posibilidad de defender su vigencia en el actual marco normativo, teniendo muy presente el tratamiento dispensado por la jurisprudencia y la doctrina judicial más reciente.

De todos modos, antes de proceder al estudio de cada uno de estos aspectos, conviene advertir que, partiendo de la naturaleza continuista del Decreto 1030/2006, no se procederá a un análisis pormenorizado del supuesto de reintegro por urgencia vital, pues, esta cuestión ya ha sido (profusamente) analizada con anterioridad (y de un modo brillante) por la doctrina<sup>14</sup>. Por este motivo, para evitar caer en la reiteración, el presente trabajo se centrará en el análisis de los supuestos de reintegro de gastos médicos más controvertidos hoy en día, esto es, la «denegación injustificada de asistencia» y el «error de diagnóstico».

<sup>12</sup> La disposición derogatoria única deroga el Decreto 63/1995 (salvo lo previsto en su disp. adic. cuarta).

<sup>13</sup> Especificándose en el Anexo III del Decreto 1030/2006 que «la atención de urgencia que se presta en los hospitales durante las veinticuatro horas del día, a pacientes que sufran una situación clínica aguda que obligue a una atención inmediata de los servicios del hospital, se lleva a cabo de acuerdo con lo establecido en el Anexo IV. El acceso del paciente a la atención de urgencia hospitalaria se realiza por remisión del médico de atención primaria o especializada o por razones de urgencia o riesgo vital que puedan requerir medidas terapéuticas exclusivas del medio hospitalario».

<sup>14</sup> Vid. *infra* la doctrina que se cita.

## 1. EL REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS EN SITUACIONES DE URGENCIA VITAL

Como recoge la STS 20 de octubre 2003 <sup>15</sup> «del texto de la norma reglamentaria [art. 5.3 del Decreto 63/1995 – hoy art. 4.3 del Decreto 1030/2006] se deduce que son cuatro los requisitos exigidos para que el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público sea procedente. Dos positivos: que se trate de urgencia inmediata, y que sea de carácter vital. Y los otros dos, negativos: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción» <sup>16</sup>.

En cuanto a los condicionantes «positivos», el reintegro está condicionado a la comprobación de si la asistencia sanitaria es «urgente» y si esa urgencia es o no «vital» <sup>17</sup>. Sin embargo, como apunta la STS 23 de mayo 1988 <sup>18</sup> se trata de un aspecto que habrá de ser examinado en cada caso concreto, atendidas las circunstancias concurrentes; o, en otros términos, se trata de una cuestión «inminentemente circunstancial, es decir, dependiente de muy individualizadas situaciones de hecho, difícilmente susceptibles de generalización» <sup>19</sup>. Hasta el punto de que se asevera que «no es un concepto puramente jurídico, sino máxima de experiencia en relación con las concretas circunstancias» <sup>20</sup>.

No obstante, a pesar de lo apuntado, los órganos jurisdiccionales han sido capaces de establecer varios parámetros a fin de, por lo menos, delimitar el concepto de «urgencia vital» <sup>21</sup>:

<sup>15</sup> RJ 2004\502.

<sup>16</sup> Siguiendo este planteamiento, entre otras, SSTSJ Canarias (Las Palmas) 29 de marzo 2006 (AS 1851); 15 de marzo, rec. n.º 1379 y 1458/2002, y 29 de noviembre 2005 (AS 766, 767 y 2006\184).

<sup>17</sup> Para AMEZQUETA ZUNZARREN la conceptualización de la expresión «urgencia vital» es un problema insoluble. AMEZQUETA ZUNZARREN: «Asistencia sanitaria con medios ajenos a la Seguridad Social: los reintegros de gastos médicos». *Actualidad Laboral*, 1991-II, pág. 309.

<sup>18</sup> RJ 4279.

<sup>19</sup> STS 27 de enero 1992 (RJ 701). En este sentido, la doctrina ha destacado que «la infinidad de situaciones que pueden cumplir estas características da lugar a abundante doctrina judicial que no siempre ha podido ser unificada vía recurso de casación, precisamente, por la dificultad de encontrar supuestos de hecho iguales». TARABINI-CASTELLANI AZNAR: «Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital», *op. cit.* (versión digital). En términos similares, CAPILLA BOLAÑOS: «La casuística de los reintegros de gastos médicos». *Actualidad Laboral*, 1996 – III, pág. 657.

<sup>20</sup> STSJ Castilla y León (Burgos) 18 de noviembre 2004 (AS 2005\352).

<sup>21</sup> En este sentido, SSTSJ Madrid 22 de diciembre 2003 (AS 2004\993); 21 de febrero 2005 (AS 1027); y 27 de marzo 2006 (AS 1253); Navarra 31 de enero 2005 (AS 699); La Rioja 27 de octubre y 30 de diciembre 2005 (AS 2006\29 y 201). Debe tenerse en cuenta que la exclusión de alguno de estos presupuestos es suficiente para denegar el reintegro de gastos médicos. GONZÁLEZ DÍAZ: «Reintegro de gastos sanitarios motivados por error de diagnóstico del sistema público de salud», *op. cit.* (versión digital).

En relación a la delimitación conceptual de esta expresión en la doctrina, entre otros, *vid.*, AMEZQUETA ZUNZARREN: «Asistencia sanitaria con medios ajenos a la Seguridad Social: los reintegros de gastos médicos», *op. cit.*, pág. 309 y ss.; AGUILERA IZQUIERDO: «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social». *RMTAS*, n.º 9, 1998, págs. 86 y ss.; TARABINI-CASTELLANI AZNAR: «Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital», *op. cit.* (versión digital); RUBIO SÁNCHEZ: «Estudio de algunos supuestos de reintegro de gastos por prestaciones sanitarias externas al Sistema Nacional de Salud». *Aranzadi Social*, 1999, versión digital (BIB 1999\1540); y MIÑARRO YANINI: «Reintegro de gastos médicos por Asistencia Sanitaria en instituciones psiquiátricas ajenas a la Seguridad Social (a propósito de la STSJ Galicia, 8 de noviembre 1999)». *Tribuna Social*, n.º 112, 2000, págs. 61 a 63.

1. Se requiere una *situación de riesgo*. En este sentido, el término «vital», siguiendo la exposición de la STS 20 de octubre 2003 <sup>22</sup>, «en el Diccionario de la Real Academia tiene dos acepciones: "perteneiente o relativo a la vida", y "de suma importancia o trascendencia". Obviamente que el problema hermenéutico consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluirse la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los riesgos de pérdida de la vida, así lo hubiera expresado en términos tales como "peligro inminente de muerte", pero no se hizo así. Se acudió a una expresión de mucho más amplio contenido, "urgencia vital", que hemos de interpretar conforme a la segunda de las acepciones del término, referida a la suma importancia o trascendencia, de modo que se incluyan los riesgos de pérdida de la función de órganos importantes» <sup>23</sup>.

Teniendo en cuenta que «la valoración del carácter urgente y vital de la necesidad de asistencia sanitaria ha de hacerse *ex ante*, debiendo apreciarse la razonabilidad de la decisión adoptada en cuanto a la elección de la asistencia sanitaria en base a la representación de la gravedad de la situación en el momento en que esta se presenta. El que después de prestada esa atención sanitaria la situación, afortunadamente, se revele de menor gravedad de lo que inicialmente podía aparentar, no es causa para descalificar la urgencia, puesto que, como se ha dicho, la valoración ha de hacerse *ex ante* y en términos de razonabilidad de la decisión adoptada» <sup>24</sup>.

<sup>22</sup> RJ 2004\502.

<sup>23</sup> Pronunciamiento que añade: «el Auto de 24 de enero 1997 (RJ 628), citando otras anteriores de la Sala, señalaba que "no toda urgencia es vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada, y que se caracteriza fundamentalmente y en los más de los casos, porque en ella está en riesgo la vida del afectado". Expresiones que no circunscriben la urgencia vital, en todo caso, a un peligro de riesgo para la vida. En el estado actual de la protección social en materia sanitaria, derivado del mandato constitucional del derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE) no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa».

O, como sintetiza la STSJ Madrid 22 de diciembre 2003 (AS 2004\993): «No toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza, en los más de los casos, porque en ella está en peligro la vida del afectado. Pero también, en términos menos graves, se aprecia la urgencia vital ante la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo o que provoque la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo, la integridad moral queda así incluida en el término "vital". Es preciso, por tanto, una situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo».

No obstante, siguiendo el planteamiento de la STSJ Castilla-La Mancha 9 de febrero 2006 (AS 574) «Dicha urgencia, de otra parte, no deriva exclusiva y necesariamente del índice de mortalidad de la enfermedad ni de su carácter grave, o el grado de riesgos del tratamiento (STS 10 de noviembre 1986, RJ 6673); tampoco de la consideración subjetiva del enfermo o de sus familiares (STS de 4 de junio de 1986). Desde luego, no se considera la urgencia cuando la enfermedad, la intervención quirúrgica o la prestación médica son previsibles y transcurre un cierto período de tiempo entre la certeza de la necesidad y el momento en que la prestación médica ha de darse (STS 31 de octubre 1988, RJ 8199)».

Puede verse también en este sentido, SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 26 de marzo 2006 (AS 1028); Baleares 6 de febrero 2006 (JUR 112175); Cataluña 2 de diciembre 2005 (AS 2006\147); Castilla-La Mancha 1 de diciembre 2005 (AS 3585); Canarias (Tenerife) 20 de diciembre 2004 (AS 3939); y (Las Palmas) 29 de noviembre 2005 (AS 2006\184); Madrid 14 de marzo 2005 (AS 1462); País Vasco 1 de marzo 2005 (AS 1811); y Asturias 16 de noviembre 2001 (JUR 2002\1197).

<sup>24</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 13 de junio 2005 (AS 1438).

2. Que la situación de riesgo sea *objetiva*<sup>25</sup> y *contrastada*<sup>26</sup>;
3. Que el riesgo sea *imprevisible*<sup>27</sup>;
4. Que concurra una *perentoriedad*<sup>28</sup>.

En cuanto a los condicionantes «negativos», como se afirma en la STS 25 de octubre 1999<sup>29</sup>, es exigible la aparición súbita de un cuadro clínico que requiera de una *inmediata* atención, *imposibilitando* acudir al cuadro médico asignado. En lo relativo a la *inmediatez*, no debe confundirse con la rapidez con que se lleva una acción sino que debe ponerse en relación con la urgencia vital<sup>30</sup>. Y, en cuanto a la *imposibilidad*, siguiendo con la exposición de la STSJ Madrid 22 de diciembre 2003<sup>31</sup>, que recoge la doctrina jurisprudencial al respecto<sup>32</sup>, «la urgencia vital precisa, además de la situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija acción terapéutica inmediata, que no sea posible, extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente el acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social»<sup>33</sup>. Esta imposibilidad ha de entenderse tanto «si hay sobrecarga de los servicios, excesiva demora, aglomeración, lejanía del centro o carencia de instalaciones o medios adecuados»<sup>34</sup>.

<sup>25</sup> Como recoge la STSJ Madrid 22 de diciembre 2003 (AS 2004\993): «En la urgencia vital concurre una situación objetiva de riesgo, que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social, porque la tardanza en obtener su asistencia o el hecho de que tales servicios no estén en condiciones de prestarla ponga en peligro la vida o curación del enfermo (SSTS 22 de octubre 1987, RJ 7186; 27 de enero y 15 y 16 de febrero 1988, RJ 60, 619 y 632)».

<sup>26</sup> STS 1 de julio 1991 (RJ 5864): «para que proceda el reintegro de gastos solicitado ha de resultar plenamente acreditada la urgencia vital». En términos similares, entre otras, STS 15 de enero 1987 (RJ 286).

<sup>27</sup> STS 15 de enero 1987 (RJ 286) afirma que es exigible que «surja inesperadamente, pues lo contrario sería autorizar a cualquier afiliado de la Seguridad Social a recibir asistencia particular, cargando su importe a aquella». Y la STS 9 de junio 1988 (RJ 5266) sostiene que «únicamente puede aceptarse la existencia de la urgencia de carácter vital, excluyente de la necesidad de utilizar los servicios médicos de la Seguridad Social, cuando aquella se produzca súbita e imprevisiblemente». Pronunciamento que, a su vez, cita la STS 8 de julio 1985 (RJ 3701).

<sup>28</sup> Esto es, que la medida terapéutica sea inaplazable, sin que baste que el tratamiento alternativo sea simplemente beneficio para la salud del paciente o mejore sus expectativas de vida. GONZÁLEZ DÍAZ: «Reintegro de gastos sanitarios motivados por error de diagnóstico del sistema público de salud», *op. cit.* (versión digital). En este sentido, siguiendo a TARABINI-CASTELLANI AZNAR, este requisito se refiere a «la premura en la actuación, de suerte que se perjudica la supervivencia del enfermo o se le puede infligir un daño irreparable o de difícil subsanación a su integridad física si ha de estarse a la necesaria demora o a la superación de los naturales inconvenientes que supone el acudir a los servicios médicos asignados por la Seguridad Social (SSTS 15 de enero 1987, RJ 41; 1 de julio 1991, RJ 5864). Perentoriedad es, en consecuencia, la exigencia de tratamiento inmediato ante la aparición imprevisible de la enfermedad o la producción del accidente y que elimina o excluye cualquier posibilidad de trámites formales y burocráticos previos (STS 16 de enero 1980, RJ 614), de modo que resulte ineludible acudir al centro más cercano de los adecuados (STS 9 de junio 1988, RJ 5266)». TARABINI-CASTELLANI AZNAR: «Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital», *op. cit.* (versión digital).

<sup>29</sup> RJ 8509.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ DÍAZ: «Reintegro de gastos sanitarios motivados por error de diagnóstico del sistema público de salud», *op. cit.* (versión digital).

<sup>31</sup> AS 2004\993.

<sup>32</sup> STS de 7 de marzo de 1985 (RJ 1288).

<sup>33</sup> *Id.* también, STSJ Castilla-La Mancha 1 de diciembre 2005 (AS 3585). Y, según la STS 25 de octubre 1999 (RJ 8509), supone la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere de una inmediata atención, imposibilitando acudir al cuadro médico asignado. En términos similares en la doctrina judicial, STSJ Murcia 17 de julio 2006 (JUR 235801).

<sup>34</sup> STSJ Castilla-La Mancha 1 de diciembre 2005 (AS 3585). Recogiendo estos criterios en la doctrina, TARABINI-CASTELLANI AZNAR: «Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital», *op. cit.* (versión digital).



En la casuística jurisprudencial, siguiendo la detallada exposición de BLASCO LAHOZ<sup>35</sup>, se ha considerado que existe urgencia vital en los siguientes casos: «1) Al existir imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social al aparecer inesperadamente la urgencia<sup>36</sup>; 2) Cuando existe una sobrecarga en los servicios sanitarios<sup>37</sup>; 3) Al producirse una demora excesiva en la prestación de la asistencia<sup>38</sup>; 4) Cuando la asistencia no está en condiciones y puede poner en peligro la vida o la curación del enfermo<sup>39</sup>; si bien, la carencia de centros adecuados por parte de la Seguridad Social no determina sin más el reintegro, eximiendo al beneficiario de solicitar la asistencia a la gestora y autorizándolo para acudir directamente a los servicios ajenos de su elección, pues aquel no puede decidir por sí mismo la imposibilidad del internamiento en institución propia o concertada<sup>40</sup>; 5) Por existir una lejanía excesiva con el centro sanitario público<sup>41</sup>; y 6) Cuando una enfermedad o accidente imprevistos obliga al enfermo a hospitalizarse con urgencia fuera de España con motivo de un viaje no proyectado a tal fin y sin posibilidad de traslado a España, aunque no exista convenio de asistencia sanitaria con el país extranjero<sup>42</sup>».

## 2. REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS EN LOS SUPUESTOS DE «ERROR DE DIAGNÓSTICO» Y «DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE ASISTENCIA»: UNA CONTROVERSIA SIN RESOLVER

Más allá de los problemas que en la casuística pueden plantearse en aras a determinar la existencia de una situación de «riesgo vital», desde la promulgación del Decreto 63/1995 y tomando

<sup>35</sup> BLASCO LAHOZ: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *op. cit.* (versión digital). *Vid.* también, BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO: *Curso de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 495 y 496.

<sup>36</sup> STS 16 de noviembre 1989 (RJ 8069).

<sup>37</sup> STS 28 de mayo 1990 (RJ 4513).

<sup>38</sup> Véase nota 37.

<sup>39</sup> Véase nota 37.

<sup>40</sup> STS 29 de marzo 2000 (RJ 3137).

<sup>41</sup> Véase nota 37.

<sup>42</sup> SSTS 4 de abril 2000 (RJ 2615); y 21 de marzo 2002 (RJ 9884). En cambio, siguiendo con la exposición de BLASCO LAHOZ: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *op. cit.*, (versión digital) no debe reconocerse cuando: «1) Cuando el enfermo viaja expreso al extranjero para recibir la asistencia médica sin que se trate de urgencia vital ni con autorización previa (entre otras, SSTS 26 de febrero y 17 de julio 1990, RJ 1237 y 6418; y 13 de octubre 1994, RJ 8050; 21 de diciembre 1995, RJ 1996\3183; y 26 de abril y 7 de octubre 1996, RJ 3616 y 7496); a menos que surja la urgencia estando ya en el extranjero, sin buscar de propósito la situación; 2) Cuando se realiza el ingreso urgente en una clínica privada, pudiéndolo hacer en una clínica oficial en la misma ciudad (STSJ Comunidad Valenciana 26 de enero 2001, AS 1434) cuando se utiliza la medicina privada sin autorización previa (STS 26 de marzo 1997, RJ 2621); o cuando se abandona voluntariamente la medicina oficial (STS 22 de noviembre 1990, RJ 8598); 3) Por producirse demora en la listas de espera de la Seguridad Social (STS 7 de octubre 1996, RJ 7496); 4) Al existir un agravamiento súbito, pero previsible, de un proceso que está siendo tratado por los servicios sanitarios de la Seguridad Social (STS 7 de mayo 1990, RJ 3974); 5) En los supuestos de trasplante de corazón realizados voluntariamente en la medicina privada (STS 25 de octubre 1999, RJ 7835); y 6) En los supuestos en los que se acude a la medicina privada sin que conste la urgencia necesaria». *Vid.* también al respecto, BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO: «Curso de Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 496 a 498; y GARCÍA NINET: «Reintegro de prestaciones por la utilización de la medicina privada», *op. cit.*, págs. 26 y 27.

como referencia la normativa precedente derogada por el mismo, se viene planteando si cabe extender la excepción a los supuestos de *denegación injustificada de asistencia*. En concreto, como se sabe, el artículo 18.3 del Decreto 2766/1967 reconocía el derecho al reembolso también en los supuestos de «denegación injustificada de la asistencia debida por las instituciones de la Seguridad Social, cuando previamente ha sido solicitada, siempre que se notifique, además, dentro de los quince días siguientes al comienzo de la asistencia privada». Discusión extensible a los supuestos de *error de diagnóstico*, que, como se sabe, se admitía su equiparación a la denegación injustificada de la asistencia debida<sup>43</sup>.

Sin embargo, esta excepción (la prevista en el art. 18.3 del Decreto 2766/1967) fue suprimida en virtud de la disposición derogatoria del Decreto 63/1995<sup>44</sup>. A partir de este instante la discusión se ha centrado en determinar si los supuestos de reintegro por *denegación injustificada de la asistencia* (A.-) y por *error de diagnóstico* (B.-) han desaparecido, y para el caso de que se responda negativamente, cómo deben articularse.

(A.-) Respecto de la posibilidad de reintegro de los gastos médicos en situaciones de *denegación injustificada de la asistencia*, existen criterios interpretativos dispares y contradictorios en sede judicial, oscilando entre la imposibilidad de su reclamación (i.-) y la posibilidad de reembolso de los gastos médicos a pesar de la omisión normativa (ii.-). Posicionamiento, este último, que a su vez cobija varias interpretaciones: hay opiniones que defienden su reconducción hacia los supuestos de «urgencia vital», o bien, para el caso de que no concurren las circunstancias que delimitan este supuesto, hacia la responsabilidad patrimonial del Estado (a.-); en cambio, otro sector, es partidario de defender su mantenimiento con carácter autónomo e independiente (b.-). Finalmente, para el caso de que se estime la posibilidad de reintegro en estas circunstancias como categorías autónomas e independientes, debe abordarse la cuestión relativa a los aspectos procedimentales a seguir.

<sup>43</sup> SSTCT 13 de mayo 1982 (RTCT 2853); 15 de febrero, 26 y 27 de abril 1983 (RTCT 1233, 3582 y 3632); SSTS 2 de marzo y 5 de octubre 1984 (RJ 1508 y 5241); y STC n.º 101, 15 de junio 1987. En la actualidad mantienen esta equiparación, SSTSJ Murcia 17 de abril 2000 (AS 1038); Extremadura 10 de septiembre 2001 (AS 4300); Cantabria 30 de octubre 2003 (AS 2004/824); Canarias (Las Palmas) 1 de abril y 30 de julio 2004 (JUR 154359 y 265133); y 27 de mayo 2005 (AS 1396); y SJS Castellón (n.º 1) 25 de septiembre 2000 (AS 4254). Supuesto que, por otra parte, como afirma la STS 8 de noviembre 1999 (RJ 9416) es de creación jurisprudencial.

<sup>44</sup> Vid. al respecto STSJ Cantabria 17 de abril 2000 (AS 1497). En la doctrina, entre otros, DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA: «El reintegro de gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social». *RMTAS*, n.º 44, 2003, págs. 13 y 14; y CANTERO RIVAS y ESTÁN TORRES: «El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social». Comares. Granada, 1998, pág. 11. Teniendo en cuenta que tal y como se recoge en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, «la supresión de la denegación injustificada de asistencia obedece a la necesidad de reordenar los supuestos de hechos caracterizadores de la misma, ubicándolos entre las circunstancias generadoras de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». CANTERO RIVAS y ESTÁN TORRES: *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*. Comares. Granada, 1997, pág. 11. Para SEMPERE NAVARRO, la regulación del Decreto «parece destinada a disminuir la (...) litigiosidad de la institución; al menos sobre el papel, el único supuesto en que cabe el reintegro de gastos médicos es el de "asistencia sanitaria, inmediata y de carácter vital"; no, por tanto, en los casos de denegación injustificada. Desde luego, examinado el tenor de las normas derogadas (en las que se había fundado la reclamación de reintegro en numerosísimos casos) y contrastado con el de la nueva es obvio que alguna finalidad debió de perseguirse y que la misma, desde luego, está más cerca de la reducción que de la ampliación de la hipótesis». SEMPERE NAVARRO: «Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria». *Aranzadi Social*, 1997, versión digital (BIB 1997/806).

Veamos a continuación cada uno de estos aspectos.

(i.-) Un sector de la doctrina judicial defiende la expulsión de este supuesto del ordenamiento jurídico, de tal modo que no cabe reclamar reintegro alguno. En concreto, la STSJ La Rioja 25 de abril 2002 <sup>45</sup> declara que «de los dos referidos supuestos excepcionales en que las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria debían satisfacer los gastos originados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social, solo continúa vigente el segundo –el de la urgencia vital–, pues el primero –el de la denegación injustificada de la asistencia debida– ha quedado expulsado de nuestro ordenamiento jurídico». Así pues, «el único supuesto excepcional, y por tanto susceptible de interpretación restringida y no extensiva, de reintegro de gastos médicos originados por la asistencia prestada en centros privados fuera del Sistema Nacional de Salud, es el de asistencia de carácter vital, urgente e inmediata (...). La denegación injustificada de la asistencia debida ya no da lugar a la procedencia del reintegro de gastos causados por la recibida fuera de la Seguridad Social, como antes preveía el número 3 del citado artículo 18 del Decreto 2766/1967, sino, en todo caso, al ejercicio de las correspondientes acciones encaminadas al cumplimiento de las prestaciones sanitarias» <sup>46</sup>.

(ii.-) En cambio, otras opiniones judiciales, menos restrictivas que las expuestas, entienden que sigue siendo posible reclamar el reintegro de gastos médicos. Sin embargo, como se ha avanzado, en esta sede las posturas no son pacíficas. En definitiva, lo que se plantea es si permanece «como un supuesto autónomo e independiente, distinto de la urgencia inmediata y vital (...), o si ha quedado englobado en este, de forma que si la denegación injustificada de la asistencia debida no va unida a la urgencia en su prestación, no cabe obtener el derecho a reembolso si se obtiene de manos privadas» <sup>47</sup>.

(a.-) En esta última línea apuntada, la STSJ Cantabria 14 de abril 2000 <sup>48</sup> entiende que «el único supuesto excepcional, y por tanto susceptible de interpretación restringida y no excesiva, de reintegro de gastos médicos originados por la asistencia prestada en centros privados fuera del Sistema Nacional de Salud, es el de asistencia de carácter vital, urgente e inmediata, en los términos en que ha sido interpretada por esta Sala, siguiendo la doctrina jurisprudencial». Por consiguiente –prosigue–, «la denegación injustificada de la asistencia debida, ya no da lugar a la procedencia del reintegro de gastos causados por la recibida fuera de la Seguridad Social, como antes establecía el núm. 3 del citado artículo

<sup>45</sup> JUR 197460.

<sup>46</sup> En términos similares, entre otras, SSTSJ La Rioja 24 de febrero 2005 (AS 542); Aragón 7 de febrero 2000 (AS 173); Castilla y León (Valladolid) 21 de marzo 2000 (AS 1515); Galicia 8 de marzo 2004 (JUR 142102); Madrid 9 de enero 2003 (JUR 111186); Cataluña 14 de enero 2000 (AS 1591); y 9 de febrero 2006 (JUR 208203); Cantabria 21 de septiembre 2006 (JUR 251585); País Vasco 30 de noviembre y 21 de diciembre 2004 (AS 3348 y 4050); 14 de junio y 17 de mayo 2005 (AS 1663 y 1065); y 21 de febrero 2006 (AS 1437); Comunidad Valenciana 26 de enero 2001 (AS 1434); 27 de marzo 2002 (AS 2003\364); 16 de abril 2003 (JUR 2004\115074); Canarias (Las Palmas) 22 de enero y 16 de febrero 1996 (AS 791 y 224); 26 de febrero (AS 191); 25 de abril 2002 (JUR 197460); 11 de septiembre 2003 (JUR 2004\99582); y 21 de noviembre 2005 (AS 3662).

En la doctrina, parece defender esta postura, MIÑARRO YANINI: «Reintegro de gastos médicos por Asistencia Sanitaria en instituciones psiquiátricas ajenas a la Seguridad Social (a propósito de la STSJ Galicia, 8 de noviembre 1999)», *op. cit.*, págs. 58 y 59.

<sup>47</sup> STSJ Murcia 17 de abril 2000 (AS 1038).

<sup>48</sup> AS 1497.

18 del Decreto 2766/1967». En este mismo sentido, la STSJ Asturias 27 de octubre 2000 <sup>49</sup> sostiene que «la denegación injustificada de la asistencia debida ya no da lugar a la procedencia del reintegro de gastos causados por la recibida fuera de la Seguridad Social (...), salvo que concurren circunstancias que subsuman el supuesto entre los de asistencia de carácter vital, urgente e inmediata» <sup>50</sup>.

Lo que, según esta corriente interpretativa, como se ha avanzado, no impide que pueda reclamarse una indemnización de daños y perjuicios a la Administración Pública por los perjuicios económicos y morales ocasionados por la denegación injustificada <sup>51</sup>. No obstante, la reclamación de

<sup>49</sup> AS 3212.

<sup>50</sup> En términos similares, SSTSJ Cantabria 14 de abril y 9 de junio 2000 (AS 1497 y 2455); y 22 de marzo (dos) y 27 de abril 2005 (AS 611, 1954 y 994); Comunidad Valenciana 16 de enero 2001 (JUR 164942); Canarias (Las Palmas) 2 de noviembre 2005 (AS 3703); Castilla y León (Burgos) 18 de noviembre 2004 (AS 2005\352); y País Vasco 14 y 21 de junio 2005 (AS 2613 y 2428); y 14 de febrero 2006, rec. n.º 2596/2005 y 2260/2005 (AS 1658 y 1746).

Compartiendo este criterio en la doctrina, LUJÁN ALCARAZ: «Extensión material de la obligación de reintegro de gastos sanitarios». *Aranzadi Social*, 1998, versión digital (BIB 1998\1326); y CANTERO RIVAS y ESTÁN TORRES: «El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 24 y ss.

Por otra parte, la STSJ Madrid 17 de julio 2006 (LA LEY JURIS: 2426842/2006) constituye un caso particular. Como premisa de partida, afirma que «no debemos entender el actual artículo 5.3 del Decreto 63/1995 prestacionalmente regresivo respecto al anterior artículo 18 del Decreto 2766/1967 pues no admiten comparación, desde una perspectiva democrática y económica, las sociedades y los Estados en los que se publicaron ambas normas». Sentado lo anterior, afirma que «una interpretación estricta y formal del precepto [art. 5.3 Decreto 63/1995] (...) conllevaría a entender que los supuestos de denegación injustificada no estarían comprendidos en el mismo-atendiendo en especial al antecedente normativo del precepto», se desprende la necesidad de canalizar la reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en reclamación de daños por eventual funcionamiento anormal del servicio público. Sin embargo, si así se hiciera, se perfeccionaría una vulneración de la tutela judicial efectiva, *ex art.* 24.1 CE, «máxime cuando la diligente actuación del beneficiario evitó la producción del daño—o ¿qué compensación es exigible a quien pretende tener durante más de un año a un menor con crisis alérgicas?». Por este motivo, el citado pronunciamiento asevera que «parece por ello obligado efectuar una interpretación no literal sino finalista y coherente con la realidad social tal como prevé el artículo 3.1 del Código Civil y con los principios constitucionales como a su vez ordena el artículo 5.1 de la LOPJ. La finalidad de la norma, ya la hemos expuesto, es garantizar que nuestro sistema público de Seguridad Social, uno de los mejores del mundo, precisamente por la holgura de su cobertura no se utilice para financiar sistemas ajenos, evitando la opción del beneficiario, lo que aquí no ha ocurrido pues el actor acudió al Sistema Público». Por todo ello, concluye, «por exigencia constitucional debe optarse por la tutela judicial más eficaz, para realizar el valor superior de justicia que proclama el preámbulo de nuestra Constitución. Entendemos por ello que si bien, y en principio, no existía una situación de urgencia vital que justificase el acudir a la medicina privada, la misma sobrevino como consecuencia de la negligente actuación de la demandada, pues el actor se vio impelido a utilizar una vía sanitaria alternativa para sortear los daños físicos y psíquicos que la demora acarrearía a su hija menor, y los daños morales que de no actuar en tal situación le sobrevendrían a él mismo».

<sup>51</sup> En tal caso, según lo apuntado por la STSJ Comunidad Valenciana 21 de noviembre 2000 (AS 2001\1007) «como requisitos para que pueda predicarse la responsabilidad cuestionada de la Administración en casos como el de autos los siguientes: (a) La efectiva realización del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado; b) Que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa de causa a efecto sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal; c) Que el daño o perjuicio no se hubiera producido por fuerza mayor. A ello debe añadirse que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares, que genera la obligación a cargo de la Administración, debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tienen obligación de soportar, por no existir causa alguna que lo justifique—SSTS 2 de noviembre 1993 (RJ 8182) y 4 de octubre 1995 (RJ 7009)—lesión que tiene que ser la consecuencia de hechos idóneos para producirla. Solo en estos casos puede estimarse que concurre una causa eficiente, es decir, una causa próxima y adecuada del daño», precisando en cuanto a la exclusión de imputación por existencia de fuerza mayor que «en esta distinción... no se pueden olvidar los requisitos que se derivan de la definición del artículo 1.105 del Código Civil, requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, y así también se pueden contraponer al caso fortuito y como fuerza mayor, los hechos que no se puedan incardinar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos».

esta responsabilidad patrimonial ha planteado problemas de competencia jurisdiccional, dando una muestra más del «fenómeno» denominado como «lamentable peregrinaje jurisdiccional»<sup>52</sup>. Veamos un botón de muestra.

Descartando la competencia de la jurisdicción social, la STSJ Comunidad Valenciana 3 de febrero 2003<sup>53</sup> declara que «desde la vigencia del Real Decreto 63/1995 no cabe reintegro de gastos médicos por error de diagnóstico, ni por desatención; para obtener, en su caso, una indemnización por esas razones debe acudirse a la vía contencioso-administrativa, por mal funcionamiento de la Sanidad, pero no es viable en absoluto en esta vía social un reintegro de gastos basado en tales conceptos».

<sup>52</sup> Como se sabe, a raíz del Auto TS [Sala de Conflictos] 7 de julio 1994 (RJ 7998) se declara que «después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, solo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría incluir en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y sustraerlas al régimen procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la nueva normativa». Y el Auto TS [Sala de Conflictos] 27 de octubre 1994 (RJ 10587) declara que a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, «no es ya posible mantener la postura de que las aludidas cuestiones pueden seguir ostentando naturaleza de reclamaciones en materia de seguridad social y quedar, así, sustraídas al régimen procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la nueva normativa». Sin embargo, la cuestión se complica a partir de la STS [Social] 10 de julio 1995 (RJ 5488), pues, a pesar de lo apuntado por la Sala de Conflictos, la Sala General de lo Social del TS declara la competencia de la jurisdicción social al respecto, dado que –sintéticamente– la Ley 30/1992 no hay atribución expresa de esta materia al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo; ni menos el Decreto 429/1993, a pesar de lo previsto en su disposición adicional primera –que atribuye el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las gestoras por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria al orden jurisdiccional contencioso-administrativo–, pues, por su rango de norma reglamentaria no puede atribuir competencias en contra de la Ley (no obstante, se formula un voto particular firmado por cinco magistrados). Criterio seguido con posterioridad por las SSTs [Social] 14 y 16 de octubre 1995 (RJ 7754 y 7759); 9 de febrero, 24 de junio, 20 de septiembre y 19 de diciembre 1996 (RJ 1008, 6100, 6579 y 9807); 16 de enero, 18 de septiembre 1997 y 22 de diciembre 1997 (RJ 501, 9471 y 737); 27 de julio 2004 (RJ 6672). No obstante, los Autos TS [Sala de Conflictos] 18 de marzo 1997 (RJ 1998\1305 a 1312) persisten en el reconocimiento de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa (en términos similares, AATS –Sala de Conflictos– 4 de julio 1997, RJ 1998\1314; 18 de diciembre 1997, RJ 1998\1326; 22 de junio 1999, RJ 5874). Y las SSTs [C-A] 20 de diciembre 1997 (RJ 1998\1238); 10 de febrero y 28 de octubre 1998 (RJ 1452 y 8928); 13 de julio 2000 (RJ 6008); y 24 de septiembre 2001 (RJ 9178) reclaman para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de estas cuestiones, por así derivarse de la Ley 30/1992. Por otra parte, como es sabido, el orden jurisdiccional civil también se ha reconocido la competencia para el conocimiento de estas cuestiones, en base al carácter residual de su competencia y por tratarse de una culpa extracontractual (SSTS [Civil] 4 de noviembre 1992, RJ 9199; 10 de febrero 1999, RJ 649; y 9 de marzo 1999, RJ 1368).

En la doctrina, DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 19 a 21; CAMOS VICTORIA: «La polémica determinación del orden jurisdiccional competente (social, contencioso-administrativo o civil) en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios causados por o con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria». *Aranzadi Social*, 1999, versión digital (BIB 1999\974); BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO: *Curso de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 500 a 502; LÓPEZ CABALLERO: «La responsabilidad de las Administraciones públicas por una defectuosa asistencia sanitaria». *Aranzadi Social*, n.º 17, 2007, versión digital (BIB 2006\1825); SEMPERE NAVARRO y LUJÁN ALCARAZ: «Extensión y límites de la Jurisdicción social: indemnización por daños y perjuicios derivados de defectuoso funcionamiento de servicios sanitarios». *Aranzadi Social*, 1996, versión digital (BIB 1996\1393); ÁLVAREZ MONTERO: «Reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por asistencia sanitaria defectuosa en el ámbito de la Seguridad Social. La persistente controversia sobre la jurisdicción competente». *REDT*, n.º 82, 1997, págs. 249 y ss.; ROLDÁN MARTÍNEZ, MUESMANN TORRES y ALARCÓN CASTELLANOS: «Sobre la jurisdicción competente en materia de prestaciones sanitarias». *REDT*, n.º 81, 1997, págs. 129 y ss.; SEMPERE NAVARRO: «Competencia de la jurisdicción social tras los cambios en LOPJ, LJCA y LPL». *Aranzadi Social*, 1998, versión digital (BIB 1998\710); CANTERO RIVAS y ESTÁN TORRES: «El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 11 y 12; y CARRATALÁ TERUEL: «Competencia del orden social para el conocimiento de la revisión de actos de la Administración Laboral. Algunas cuestiones al hilo de las Leyes Reguladoras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Procedimiento Administrativo Común». *Aranzadi Social*, 1998, versión digital (BIB 1999\104).

<sup>53</sup> JUR 215962.

En términos similares, la STSJ Asturias 27 de octubre 2000<sup>54</sup> sostiene que tal «reclamación no forma parte en sí de la prestación de asistencia sanitaria, sino que constituye un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuyo conocimiento y resolución corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo». Y, para la STSJ Cantabria 14 de abril 2000<sup>55</sup> «la denegación injustificada de la asistencia debida, ya no da lugar a la procedencia del reintegro de gastos causados por la recibida fuera de la Seguridad Social, como antes establecía el núm. 3 del citado artículo 18 del Decreto 2766/1967, sino, en todo caso, al ejercicio de las correspondientes acciones, con posibilidad de pedir una indemnización de daños y perjuicios del INSALUD, pero claro está, ejercitando otra acción y ante otra jurisdicción, la Contencioso-Administrativa»<sup>56</sup>.

En cambio, otro sector de la doctrina judicial es partidario de reconocer la competencia de la jurisdicción social a estos supuestos. Para la STSJ Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005<sup>57</sup> cabe identificar tres escenarios posibles. En un extremo, si el ciudadano afectado acude a medios ajenos a la Seguridad Social en una situación de urgencia, por inexistencia de los propios de la Seguridad Social en lugar próximo no cabe duda de que se trata de un supuesto de reintegro de gastos. En el otro extremo, en los supuestos en los que el ciudadano haya sufrido una pérdida de la integridad física o de la salud como consecuencia de un error médico, la reclamación debe canalizarse a través de una indemnización de daños y perjuicios. La importancia de esta diferencia de naturaleza jurídica entre el reintegro de gastos y la indemnización de daños y perjuicios –afirma la citada sentencia– no es baladí, pues, conlleva una diferenciación jurisdiccional: mientras que el reintegro puede reclamarse en vía jurisdiccional social, la indemnización de los daños económicos y morales por defectuosa asistencia sanitaria ha de reclamarse en vía Contencioso-Administrativa, incluso cuando se dirige contra una Mutua de Accidentes de Trabajo.

Ahora bien –siguiendo el planteamiento del citado pronunciamiento–, en los casos en los que el paciente reclame los daños a la salud derivados de la denegación indebida de asistencia o de la mala atención sanitaria mediante el recurso a medios sanitarios distintos a los de la Seguridad Social, debe determinarse si el título de compensación de los costes en que incurre es el reintegro de gastos o la indemnización de daños y perjuicios. Tratando de dilucidar esta cuestión, debe identificarse el criterio diferenciador entre ambos supuestos, debiéndose optar entre «un criterio basado en el objeto de la pretensión y un criterio basado en la causa de la pretensión». Pues bien, en opinión de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005<sup>58</sup> debe atenderse al criterio basado en el objeto de la pretensión, «puesto que lo característico del reintegro de gastos es que la pretensión es de manera exclusiva la compensación económica de los costes en que incurre el paciente para obtener la asistencia sanitaria prestada fuera del sistema de Seguridad Social cuando debiera haber sido prestada en situación de normalidad por esta, de manera que esta compensación ha de reclamarse en vía social

<sup>54</sup> AS 3212.

<sup>55</sup> AS 1497.

<sup>56</sup> *Vid.* también, STSJ Cataluña 20 de diciembre 2004 (AS 2005/235).

<sup>57</sup> AS 3065.

<sup>58</sup> Véase nota 57.

y como reintegro de gastos en todo caso, incluso cuando se vincule causalmente a un pretendido incumplimiento de sus obligaciones prestacionales por la sanidad pública (o, en este caso, de la entidad colaboradora)»<sup>59</sup>.

En esta línea, partiendo de la «existencia de un derecho genérico a la protección de la salud, dentro del cual se comprenden concretos derechos a prestaciones de asistencia sanitaria, prestaciones que deben obtenerse de los medios asignados por el sistema público de salud en los términos previstos por la legislación vigente», la STSJ La Rioja 30 de diciembre 2005<sup>60</sup>—que sigue el planteamiento de la STSJ Cantabria 18 diciembre 2002<sup>61</sup>— afirma que es preciso identificar las normas que «regulen la forma de obtener por los titulares del derecho las prestaciones debidas por la Administración cuando estas prestaciones, *de facto* y sea por la causa que sea, no sean prestadas por los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud. Y tales normas de cierre forman parte de la configuración jurídica del derecho a la protección de la salud a través de la Seguridad Social y no tienen un carácter de indemnización por incumplimiento o cumplimiento deficiente de la obligación, supuesto este distinto al que aquí nos ocupa y cuyo conocimiento en vía judicial correspondería al orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo»<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> La STSJ Cantabria 2 de marzo 2004 (JUR 84958), llegando a la misma conclusión (la competencia del orden social), en cambio, hace una distinción entre «los supuestos de prestación deficiente de asistencia sanitaria de los supuestos de solicitud de reintegro de gastos por denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida». Según esta resolución, si bien no caben dudas sobre la atribución competencial exclusiva y excluyente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de las demandas relativas a la prestación sanitaria deficiente, existen serias dudas para entenderse extensible a los supuestos de denegación injustificada de asistencia sanitaria porque, «como cualificada doctrina sostiene (DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA), si considerando la letra de los artículos 9.4 de la LOPJ y 2 e) de la LJCA la sede natural para dilucidar dichas controversias es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo puesto que en realidad se trata de una responsabilidad extracontractual de la Administración, cabe obtener una conclusión distinta atendiendo a un criterio de interpretación finalista de la reforma de los años 1998 y 1999. Según esta interpretación, la finalidad de la reforma fue evitar la "caótica multiplicidad de jurisdicciones en las reclamaciones por daños producidos por la prestación deficiente de asistencia sanitaria". Sin embargo, no cabría sin más equiparar la denegación de asistencia sanitaria a una prestación deficiente de ésta, ni suscita idénticos problemas, sino que se trata de un pleito típico de Seguridad Social competencia del orden social, interpretación que se sustenta sobre la disposición adicional 12.ª de la LRJPAC cuando se refiere a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, lo que en opinión de esta doctrina parece excluir los daños causados por la no prestación de esa asistencia sanitaria».

Reconociendo la competencia del orden jurisdiccional social, SSTSJ Madrid 27 de marzo 2003 (AS 3249); 19 de febrero 2004 (AS 2374); 22 de septiembre 2003 (JUR 2004\93097); 21 de febrero 2005 (AS 1027); y 17 de julio 2006 (LA LEY JURIS: 2426842/2006); Andalucía (Granada) 27 de junio 2001 (AS 2002\878); Galicia 5 de octubre 2001 (AS 3248); y Comunidad Valenciana 19 de septiembre 2000 (JUR 2001\75690).

<sup>60</sup> AS 2006\201.

<sup>61</sup> AS 2003\1663.

<sup>62</sup> Recogiendo también este criterio, SSTSJ Madrid 14 de marzo 2005 (AS 1462); Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005 (AS 3065); Comunidad Valenciana 7 de julio 2005 (AS 3425); y Canarias (Las Palmas) 22 de marzo 2002 (AS 2624); y 28 de febrero 2001 (JUR 257286).

En la doctrina, defendiendo la competencia de la jurisdicción social, DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 20 y 21.

De todos modos conviene tener presente que la reclamación por daños y perjuicios cuando la prestación de asistencia sanitaria ha sido prestada defectuosamente por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. STS [Social] 29 de octubre 2001 (RJ 10023). *Vid.* al respecto, SIGÜENZA LÓPEZ: «Orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones dirigidas contra Mutuas patronales por defectuosa asistencia sanitaria». *Aranzadi Social*, n.º 16, 2001, versión digital (BIB 2001\1572); y LÓPEZ CABALLERO: «La responsabilidad de las Administraciones públicas por una defectuosa asistencia sanitaria», *op. cit.* (versión digital).

(b.-) Otro sector de la doctrina judicial, con mejor doctrina –a mi entender– diferenciándose de la línea argumentativa anterior y, por consiguiente, evitando el conflicto competencial descrito, entiende que el reintegro de gastos médicos en el supuesto de denegación injustificada sigue subsistiendo de forma autónoma e independiente (exigible, por tanto, ante la jurisdicción laboral). En este sentido, según la STSJ Cataluña 14 de septiembre 2001 <sup>63</sup>, «si bien el supuesto de injustificada falta de asistencia no está explícitamente citado en el artículo 5.3 del Real Decreto precitado, sí lo está en su espíritu y finalidad» <sup>64</sup>. En esta línea, para la STSJ Murcia 17 de abril 2000 <sup>65</sup> «no es atendible –en general– pensar que el beneficiario, para recibir asistencia sanitaria, tenga que esperar una resolución administrativa, en su caso a la impugnación de la misma y finalmente a la decisión judicial sobre ella. Ello no es razonable, incluso aunque no medie urgencia vital». Por consiguiente, «basta con considerar que aquel supuesto de denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida sigue subsistiendo, hasta que no exista previsión legal expresa al respecto, debiendo mantenerse o exigirse en el comportamiento del beneficiario aquellos condicionantes de diligencia suficiente y buena fe».

Y, para la –importante– STSJ Cantabria 18 de diciembre 2002 <sup>66</sup>, «pese a los términos extremos que utiliza el número 3 del artículo 5 del Real Decreto 63/1995 (asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital), no debe olvidarse que el poder ejecutivo autor de la norma reglamentaria (puesto que la norma aplicable ni siquiera tiene, no lo olvidemos, rango legal) carece de toda potestad para desarrollar de forma restrictiva o limitativa los artículos 15 y 43 de la Constitución, siendo el primero, como es obvio, un derecho de rango fundamental, por lo que estamos rozando la vulneración de la reserva de Ley establecida por el artículo 53 de la Constitución. Por ello y para evitar caer en dicha situación gravemente antijurídica, el citado artículo 5.3 del Real Decreto vigente debe interpretarse sistemáticamente en relación al deber de protección de la salud de los ciudadanos que constitucionalmente incumbe a los poderes públicos» <sup>67</sup>. Por consiguiente, se afirma que «para que el reembolso de los gastos sea procedente no es preciso, por tanto, que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, sino que basta con que racionalmente pueda representarse la probabilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables, puesto que tal es el alcance de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 15 de la Constitución, correlato ineludible del artículo 43 de la misma» <sup>68</sup>.

<sup>63</sup> JUR 315218.

<sup>64</sup> En términos similares, STSJ Cataluña 11 de marzo 2005 (AS 1274).

<sup>65</sup> AS 1038.

<sup>66</sup> AS 2003\1663.

<sup>67</sup> En términos similares, SSTSJ Madrid 30 de junio 2005 (AS 3590); Cataluña 10 de diciembre 2004 (AS 3882); 8 de abril y 18 de julio 2005 (AS 1149 y 2798); La Rioja 27 de octubre 2005 (AS 2006\29); Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero, 5 de junio y 25 de septiembre 2006 (AS 968, 2228 y 2370); País Vasco 28 de marzo 2006 (AS 1757).

En la doctrina defendiendo este planteamiento, MARÍN CORREA: «Reintegro de gastos médicos». *Actualidad Laboral*, 1997-II, pág. 1.791; y AGUILERA IZQUIERDO: «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 74. *Vid.* al respecto también, SEMPERE NAVARRO: «Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria», *op. cit.* (versión digital).

<sup>68</sup> En términos similares, SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero, 3 de abril, 5 de junio y 25 de septiembre 2006 (AS 968, 1151, 2228 y 2370).

Por su parte, la STSJ Cantabria 30 de octubre 2003 (AS 2004\824), sostiene que «en la medida en que los medios públicos con los que se hacen efectivas tales prestaciones por las Administraciones son por necesidad limitados y vienen conformados por las decisiones políticas y presupuestarias que se van adoptando por los poderes públicos a lo largo del



En definitiva, siguiendo la exposición de la STSJ Cantabria 18 de diciembre 2002 <sup>69</sup>, «la urgencia implica poner en relación dos plazos distintos: el necesario para obtener la asistencia pública debida y el necesario para obtener la asistencia externa. Si la opción entre una y otra implica una diferencia temporal de la que nace un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física estaremos ante una situación urgente. Si el plazo para el acceso a los servicios públicos es superior en unos minutos u horas al necesario para obtener la asistencia por medios externos a la Seguridad Social, la urgencia habrá de interpretarse en correlación con los efectos previsibles de la espera durante dichas horas, pero si la diferencia es de meses o años, la urgencia habrá de ser razonada en tales términos, puesto que la atención que puede esperar unas horas quizá no pueda esperar unos meses. Y ello podrá ocurrir tanto si el acceso a los servicios públicos en el plazo necesario para obtener el tratamiento se hace inviable como consecuencia de su lejanía, como cuando se debe a su escasez (supuesto típico de las listas de espera) o a la denegación indebida de asistencia, incluido el error de diagnóstico. Si en todos estos supuestos se impone al beneficiario la carga de tramitar procedimientos administrativos de reclamación y posteriormente acciones judiciales, y todo ello antes de recibir la asistencia sanitaria debida, se perderá la lógica y la finalidad de la norma (...). Y por ello el tiempo necesario para todos esos trámites debe ser tomado en consideración a la hora de compararlo con el plazo necesario para obtener la asistencia mediante el recurso a medios externos».

Sin embargo, prosigue el citado pronunciamiento «no basta con que exista una situación de urgencia, esto es, de diferencia temporal entre el recurso a servicios propios o ajenos con repercusión sobre el resultado final de la asistencia. Es necesario que la diferencia de resultado derivada de dicha diferencia temporal afecte negativamente con una determinada intensidad a determinados bienes jurídicos, puesto que la urgencia ha de ser "vital". Junto a la acepción de vital como algo "pertenciente o relativo a la vida", el Diccionario de la Real Academia contiene la acepción, más ajustada, de algo "de suma importancia o trascendencia". De hecho ni siquiera en la primera acepción el término "vital" debe interpretarse como riesgo de muerte, puesto que existen otros muchos daños posibles que, sin implicar la muerte, sí afectan muy sustancialmente a la calidad de la vida de la persona. Es por tanto a la afectación previsible de la vida, sin necesidad de llegar a su pérdida, a lo que ha de referirse el concepto de "vital"».

De hecho, como argumento de peso, se ha afirmado que cabe completar la laguna del Decreto 63/1995 (y, por ende, del Decreto 1030/2006) acudiendo al Derecho comunitario (especialmente el

---

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, en concreto por la Ley General de Sanidad y por el Real Decreto 63/1995. En el anexo I del citado Real Decreto 63/1995, en desarrollo del artículo 2 del mismo, se relaciona el listado de prestaciones sanitarias que está obligada a prestar la Administración, lo que quiere decir que el derecho a asistencia sanitaria viene determinado por esta norma y no por la real posibilidad de ejecutar la prestación a través de los medios públicos. Si, existiendo el derecho prestacional (lo que habrá de determinarse en base a la norma que regula su extensión), el mismo no es satisfecho por la Administración obligada a ello, nos encontraremos ante un incumplimiento de esta consistente en una indebida denegación de la asistencia. De la misma manera ocurrirá si, por falta de medios de la Administración, el beneficiario se ve privado de la posibilidad de acudir al servicio público sanitario». Recogiendo este planteamiento, SSTSJ La Rioja 30 de diciembre 2005 (AS 2006\201); Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005 (AS 3065); Comunidad Valenciana 7 de julio 2005 (AS 3425).

<sup>69</sup> AS 2003\1663. En términos similares, STSJ Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero y 5 de junio 2006 (AS 968 y 2228).

art. 22 Reglamento CEE 1408/71) y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vertida al respecto. Si bien es cierto que esta norma se refiere al recurso a medios extranjeros en el seno de la Comunidad Europea, cabe entender que este marco jurídico es exportable a los casos de recurso a medios ajenos a la Seguridad Social en el interior del territorio español. Siguiendo el planteamiento de la STSJ Cantabria 18 diciembre 2002 <sup>70</sup> «una interpretación sistemática del artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995 en relación con el artículo 22 (letra c del número 1 y párrafo segundo del número 2) del Reglamento CEE/1408/1971, de 14 de junio (cuya versión consolidada fue adoptada por el Reglamento CE/118/1997, de 2 de diciembre de 1996), debe llevar a considerar lícito acudir a instituciones ajenas a las propias de la Seguridad Social cuando la asistencia no pueda "ser dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata", necesidad que ha de interpretarse en términos de inexigibilidad de otra conducta, como ocurre en este caso. Y así no sería lógico que por aplicación de dicho Reglamento comunitario hubiera de entenderse que si se acudiera a servicios sanitarios de otro Estado comunitario el gasto habría de ser soportado por la Seguridad Social española y, sin embargo, se deniegue el reembolso cuando en un caso idéntico se acude a entidades y profesionales externos a la Seguridad Social dentro del territorio español o incluso en la propia localidad donde reside el paciente» <sup>71</sup>.

En caso de no admitirse este criterio, según la STSJ Castilla y León (Valladolid) 26 de noviembre 2004 <sup>72</sup>, «se produciría el absurdo de obligar a los beneficiarios del sistema de Seguridad Social a solicitar las autorizaciones siempre para acudir a servicios situados fuera de España, aun cuando dichos medios pudieran estar disponibles, fuera de la sanidad pública, en territorio español e incluso en la propia localidad de residencia» <sup>73</sup>. Argumento cuya contundencia está fuera de toda duda <sup>74</sup>.

<sup>70</sup> AS 2003\1663.

<sup>71</sup> En términos similares, STSJ Cantabria 16 de abril 2004 (AS 1663).

<sup>72</sup> JUR 311444.

<sup>73</sup> Añadiendo que «dicho absurdo puede ser evitado no solamente apelando a la aplicación analógica de las normas comunitarias, sino también a las normas de Derecho interno que imponen la unidad del mercado español y la libre circulación de personas, bienes y servicios en el interior del mismo (arts. 38 y 139.2 CE), las cuales, lógicamente no pueden ser más desfavorables que las primeras, en tanto en cuanto la unidad del mercado español no puede entenderse como de menor intensidad y rango que la del mercado europeo». En términos similares, SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero 2006 (AS 968); y 5 de junio 2006 (AS 2228).

<sup>74</sup> En este sentido, conviene mencionar la STJCE 15 de junio 2006 (TJCE 169) que resuelve diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Auto TSJ Cantabria 1 de octubre 2004) relativas a la interpretación de los artículos 22 y 36 Reglamento CEE/1408/1971, en un supuesto en el que el Servicio Cántabro de Salud se niega a hacerse cargo de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en que incurrió un ciudadano español, residente en España, por recibir un tratamiento hospitalario en Francia, así como los gastos en que incurrió un miembro de su familia que lo acompañó (cuestión resuelta en el sentido de que el beneficiario, autorizado por la institución competente a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él la asistencia sanitaria apropiada a su estado de salud no tiene reconocido el derecho de reembolso por la referida institución de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en que incurrieron él y la persona que lo acompañó en el territorio de dicho Estado miembro, a excepción de los gastos de estancia y manutención del beneficiario en el centro hospitalario –criterio recogido por la SSTSJ Cantabria 5 de octubre 2006, AS 2620–). Lo interesante de este pronunciamiento –al objeto de este estudio, claro está– es que el TSJ Cantabria aprovecha la ocasión para preguntar si la modificación operada a través del Decreto 63/1995 resulta compatible con los artículos 12, 49, 81, 82 y 87 del Tratado de la Comunidad Europea. Y, más concretamente, si puede entenderse que concurre una discriminación, teniendo en cuenta que mientras que el beneficiario (a quien el sistema sanitario nacional no puede prestar en un plazo razonable la asistencia que su estado de salud necesita) no puede reclamar la asunción de los gastos relacionados con la asistencia sanitaria prestada por profesionales establecidos en España pero que no pertenecen a dicho sistema, las autoridades españolas están obligadas a autorizar el desplazamiento del beneficiario a otro Estado miembro para recibir

• En lo relativo a los *aspectos procedimentales* exigibles para los supuestos de denegación injustificada de asistencia y a su tratamiento jurisdiccional, debe tenerse en cuenta, siguiendo el parecer de la STS 27 de septiembre 1996<sup>75</sup> –que enjuicia un supuesto en el que estaba vigente el Decreto 2766/1967<sup>76</sup>–, «para que exista denegación es preciso que haya sido pedida formalmente la asistencia y que esta sea denegada de modo positivo, bien por manifestación expresa, bien por denegación tácita inequívoca, y que se haga saber en el plazo de 15 días que se ha acudido a servicios médicos ajenos a la Seguridad Social, si bien este último requisito de la notificación, ha sido interpretado de modo muy flexible en varias sentencias de esta Sala»<sup>77</sup>. Extremos

en él dicha prestación a cargo de ellas en las condiciones establecidas en el artículo 22 Reglamento CEE/1408/1971. [En concreto, la cuestión prejudicial plantea lo siguiente: «¿Es compatible con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad establecida por el art. 12 del Tratado de la Comunidad Europea una norma nacional como [...] el art. 5.3 del RD 63/1995, que, al derogar el art. 18.3 del Decreto 2766/1967, suprime la posibilidad de los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español de obtener el reembolso de gastos de la prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en territorio español en el caso de que la prestación a la que tengan derecho no les sea prestada por el sistema público en un plazo razonable, habida cuenta de su estado y de la evolución probable de su enfermedad, mientras que la entidad gestora del sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos de empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio de otros Estados miembros distintos a España?; b) ¿Es compatible con la libre prestación de servicios garantizada por los artículos 49 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea una norma nacional como [...] el art. 5.3 del RD 63/1995, que, al derogar el art. 18.3 del Decreto 2766/1967, suprime la posibilidad de los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español de obtener el reembolso de gastos de la prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en territorio español en el caso de que la prestación a la que tengan derecho no les sea prestada por el sistema público en un plazo razonable, habida cuenta de su estado y de la evolución probable de su enfermedad, mientras que la entidad gestora del sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos de empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio de otros Estados miembros distintos a España?; c) ¿Es compatible con las normas sobre competencia de los arts. 81, 82 y 87 del Tratado de la Comunidad Europea una norma nacional como [...] el art. 5.3 del RD 63/1995, que, al derogar el art. 18.3 del Decreto 2766/1967, suprime la posibilidad de los beneficiarios del sistema público de Seguridad Social español de obtener el reembolso de gastos de la prestación de asistencia sanitaria por empresas o profesionales sanitarios establecidos en territorio español en el caso de que la prestación a la que tengan derecho no les sea prestada por el sistema público en un plazo razonable, habida cuenta de su estado y de la evolución probable de su enfermedad, mientras que la entidad gestora del sistema de Seguridad Social está obligada a autorizar que el beneficiario reciba esa prestación en tales casos de empresas o profesionales sanitarios establecidos en el territorio de otros Estados miembros distintos a España?». No obstante, el Tribunal de Justicia no entra a enjuiciar el fondo por entender que «no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas». Afirmando, por otra parte, que «la justificación de una cuestión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio». Resolución que, si bien deja en el aire la clarificación de esta cuestión, debe valorarse en términos positivos, porque, primero, no obstaculiza la interpretación mantenida por los tribunales españoles al respecto; y, segundo, no impide que se pueda pronunciar al respecto en un futuro.

<sup>75</sup> RJ 6907.

<sup>76</sup> El artículo 18.3 del Decreto 2766/1967 rezaba lo siguiente: «En los supuestos en que las Entidades a que se refiere el número anterior denegasen injustificadamente la prestación de la asistencia sanitaria debida, podrá reclamarse el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de servicios distintos de los que corresponderían, siempre que se hubiera notificado en el plazo de los quince días naturales siguientes al comienzo de la asistencia, debiendo, al solicitarse, razonar la petición y justificar los gastos efectuados».

<sup>77</sup> Según las SSTS 31 de mayo 1995 (RJ 4013); 15 de enero 1992 (RJ 41); y 12 de diciembre 1991 (RJ 9065), es menester que se solicite la prestación. *Id.* también, SSTS 13 de octubre 1998 (RJ 7820); y 19 de febrero 1997 (RJ 2159). En la doctrina, entre otros, AMEZQUETA ZUNZARREN: «Asistencia sanitaria con medios ajenos a la Seguridad Social: los reintegros de gastos médicos», *op. cit.*, págs. 312 y ss.; CAPILLA BOLAÑOS: «La casuística de los reintegros de gastos

que necesariamente debían ser acreditados en toda reclamación de reintegro de gastos médicos, «salvo que se base en la existencia de una urgencia de carácter vital»<sup>78</sup>.

No obstante, en la actualidad, aceptando la posibilidad de reclamar el reingreso en estos supuestos, la derogación del Decreto 2766/1967 plantea la duda de si subsisten las citadas exigencias y su alcance. En este sentido, la doctrina laboral es partidaria de entender que «para que exista denegación tendrá que existir previamente una solicitud ante la cual deberá producirse una desestimación expresa o tácita»<sup>79</sup>; y que el plazo de 15 días ya no está vigente, entendiéndose que lo razonable sería entender que sigue siendo exigible la notificación dentro de un plazo «prudencial»<sup>80</sup>.

Según la doctrina de suplicación, siguiendo el esquema de la regulación prevista en el Decreto 2766/1967, para el reintegro de gastos médicos en los supuestos de denegación injustificada de la asistencia, se exige la concurrencia de tres condiciones acumulativamente exigibles<sup>81</sup>:

- a) Que la prestación sanitaria se haya solicitado a la Inspección Médica o, al menos, a la Entidad Gestora<sup>82</sup>. Al respecto, siguiendo la exposición de la STSJ Cantabria 18 de diciembre 2002<sup>83</sup> y de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero 2006<sup>84</sup>, sostienen que para los supuestos de denegación indebida «en los que el estado de necesidad no presente esa gravedad e inmediatez sí podrán establecerse algunas exigencias adicionales, puesto que el beneficiario, en caso de desacuerdo con la denegación o con el diagnóstico, tiene la carga de ejercitar las vías de reclamación y recurso procedentes o de acudir a los facultativos especializados distintos al servicio de urgencias». A pesar de ello –prosiguen las citadas sentencias–, lo cierto es que no «puede llegarse a una interpretación según la cual en todo caso haya de tramitarse dicha autorización de forma previa a la recepción de la asistencia, recurriendo ante los órga-

médicos», *op. cit.*, págs. 659 y 660; CANTERO RIVAS y ESTÁN TORRES: «El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 14 y 15; y AGUILERA IZQUIERDO. «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 76 a 80.

<sup>78</sup> STS 31 de mayo 1995 (RJ 4013). Siguiendo a GARCÍA NINET, «el iter a seguir, pues, parece ser: a) solicitud de asistencia; b) denegación de la misma; c) si la denegación es injustificada, reclamación del reintegro de gastos aportando la documentación de los mismos y razonando la solicitud tras haber cubierto las oportunas solicitud y reclamación». GARCÍA NINET: «Reintegro de prestaciones por la utilización de la medicina privada», *op. cit.*, pág. 24. *Vid.* al respecto también en detalle, MIÑARRO YANINI: «Reintegro de gastos médicos por Asistencia Sanitaria en instituciones psiquiátricas ajenas a la Seguridad Social (a propósito de la STSJ Galicia, 8 de noviembre 1999)», *op. cit.*, págs. 60 y 61.

<sup>79</sup> DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 28.

<sup>80</sup> Recogiendo el criterio de CAMPS RUIZ, BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO: *Curso de Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 499.

<sup>81</sup> STSJ La Rioja 27 de octubre 2005 (AS 2006\29).

<sup>82</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana 8 de junio 2004 (AS 3273); 16 de abril 2003 (JUR 2004\115074); 27 de marzo 2002 (AS 2003\364); y 26 de enero 2001 (AS 1434) –aunque esta última rechaza la posibilidad de reclamar el reingreso en los supuestos de error de diagnóstico ni de desatención o denegación de asistencia–. *Vid.* también, STSJ Galicia 30 de septiembre 1996 (AS 3417).

<sup>83</sup> AS 2003\1663.

<sup>84</sup> AS 968. En términos similares, STSJ Castilla y León (Valladolid) 5 de junio 2006 (AS 2228).

nos judiciales las resoluciones denegatorias de la misma (...), puesto que si el riesgo que implica el estado de salud del paciente no permite la "espera" determinada por la Administración sanitaria tampoco permitirá la "espera" propia de la Administración de Justicia».

b) Que no se haya obtenido dicha asistencia o que se le haya denegado expresamente <sup>85</sup>.

<sup>85</sup> En este sentido –siguiendo la exposición de la STSJ La Rioja 27 de octubre 2005 (AS 2006\29)– debe entenderse incluidos «los casos de deficiencias estructurales y de organización hospitalaria que impiden la prestación sanitaria, la demora excesiva en proporcionarla o los errores graves o de diagnóstico, interpretando tales casos en el sentido de un funcionamiento objetivamente incorrecto, aunque no sea culpable, de los servicios sanitarios de la Seguridad Social». Un análisis respecto de lo que debe entenderse por la expresión «negativa injustificada» en la doctrina, SEMPERE NAVARRO y LUJÁN ALCARAZ: «Reintegro de gastos médicos por diagnóstico desfavorable erróneo». *Aranzadi Social*, 1996, versión digital (BIB 1996\1389); y AGUILERA IZQUIERDO: «Reintegro de gastos médicos por asistencia sanitaria fuera del sistema de la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 77 a 79.

En cambio, se estima que no es suficiente la simple diferencia de resultados ni la mera desconfianza en los medios sanitarios de la Seguridad Social (STC 15 de junio 1987, n.º 101, RTC 101; STS 16 de julio 1987, RJ 5398). Además, según la STS 15 de enero 1992 (RJ 61) la negativa «no puede confundirse con la mera consideración de que la misma resulta previsible por la carencia de centros adecuados o en virtud de criterios administrativos aplicados con anterioridad». Asimismo, la permanencia en la lista de espera de trasplantes, no significa denegación injustificada de asistencia (SSTS 25 de septiembre 1986, RJ 5176; y 7 de octubre 1996, RJ 7496); ni tampoco si los servicios sanitarios de la Seguridad Social rechazan el tratamiento solicitado, bien por considerarlo técnicamente innecesario, o porque carezca de los medios para ello (STS 25 de septiembre 1986, RJ 5176); salvo que los propios servicios sanitarios oficiales hayan recomendado al beneficiario utilizar la medicina privada por estimar que la Seguridad Social no está en condiciones de prestarla (STS 10 de noviembre 1986, RJ 6673). Teniendo en cuenta, no obstante, que «"la prescripción del médico [es] solo una propuesta", insuficiente de suyo para que la Seguridad Social quede obligada a llevar a cabo la hospitalización del paciente o a sufragarle los gastos» (STS 31 de marzo y 16 de junio 1997, RJ 2629 y 4755). En este sentido, es importante advertir que «la Seguridad Social Pública no está obligada nada más que a ofrecer las atenciones posibles con los medios técnicos de que dispone, sin que sea posible la atención sobre técnicas avanzadas o de coste excesivo». STSJ País Vasco 28 de marzo 2006 (AS 1757) –que cita la STS 25 de marzo 2004– (RJ 2048). Por otra parte, la carencia de centros de internamiento adecuados por parte de la Seguridad Social no determina sin más el reintegro eximiendo al beneficiario de solicitar la asistencia de la Gestora y autorizándole para acudir directamente a los servicios ajenos de su elección, aunque no concurra una necesidad de asistencia urgente de carácter vital (SSTS 15 de enero 1992, RJ 41; 31 de mayo 1995, RJ 4013; y 19 de febrero 1997, RJ 2159; y STSJ Galicia 25 de enero 2002, AS 13; Canarias/Las Palmas 28 de mayo y 10 de septiembre 1999, AS 2820 y 7084). Así, pues, reza la STS 31 de octubre 1988 (RJ 9103) lo que no puede deducirse del –entonces vigente– artículo 18.3 Decreto 2766/1967 es que «la Seguridad Social esté obligada a prestar la mejor asistencia sanitaria posible, derivando de la imposibilidad de ello un nuevo supuesto de denegación injustificada, pues, como tuvo ocasión de decir el Tribunal Supremo la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica con medios que "solo son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior y que por ello, y solo por ello, no son disponibles en España...», por la elemental razón de que no están no pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social"» (en términos similares, STS 4 de junio 1986, RJ 3466). Recogiendo estos planteamientos STSJ Cataluña 2 de diciembre 2005 (AS 2006\147). Además, siguiendo las exposiciones de BLASCO LAHOZ y GARCÍA NINET, tampoco se considera la existencia de desatención justificada cuando se acude directamente a una clínica privada para la implantación de una prótesis (SSTS 13 de julio 1995, RJ 6131; y 5 de marzo 1996, RJ 1972); o bien de un procedimiento ortodóncico en régimen de medicina privada sin que conste previa solicitud o modificación de esta circunstancia al Instituto Nacional de la Salud (STS 4 de febrero 2000, RJ 1605); o bien, si suponiendo que la intervención no pudiera practicarse por los servicios de la Seguridad Social por razones técnicas, el beneficiario no se hubiera dirigido a la Inspección Médica exponiendo su pretensión con los informes médicos oportunos (STSJ Madrid 11 de mayo 1990); o bien cuando se deniegan técnicas punta más avanzadas (técnicas no conocidas en España y que no pueden prestarse por el sistema público de Seguridad Social) no socializadas, aunque no se presten por la Seguridad Social y no estén al alcance de todos los beneficiarios, pues la asistencia prestada por los organismos sanitarios de la Seguridad Social ha de moverse dentro de los límites presupuestarios (Entre otras, STS 4 de junio 1986, RJ 3466; y 26 de abril 1996, RJ 3616); o bien, si no existe constancia de solicitud de prestación denegada por la Seguridad Social (STSJ Madrid 15 de diciembre 1986); o bien, cuando se rechace el tratamiento por creencias religiosas, porque el Estado debe respetarlas, pero no tiene el deber de financiar

- c) Que se haya notificado a la Entidad Gestora Sanitaria. Requisito que, como ya se ha apuntado, ha sido objeto de matización por los órganos jurisdiccionales.

(B.-) Respecto de la discusión relativa a la vigencia del reintegro de gastos médicos por *error de tratamiento o diagnóstico*<sup>86</sup>, como categoría autónoma e independiente, *parece* que está superada. En efecto, la STS 8 de noviembre 1999<sup>87</sup> ha declarado que tratándose de un supuesto de creación jurisprudencial debe entenderse que permanece<sup>88</sup>. Por lo que la responsabilidad se extiende a estos casos si se pone en peligro la curación definitiva del paciente, «porque subsisten las mismas razones que dieron lugar a esa creación de esa doctrina, pues en este aspecto la nueva normativa es igual a la que regulaba la asistencia sanitaria en el artículo 18 del Decreto 2766/1967, y más amplia que la que contemplaba el antiguo artículo 73 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad, sino también porque el Real Decreto del 20 de enero de 1995, contempla, como expresa su exposición de motivos, esa asistencia sanitaria, e igualmente la protección de la salud, de conformidad con lo dis-

---

aque aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección desde el punto de vista del interés general (STS 14 de abril 1993, RJ 3338; y 3 de mayo 1994, RJ 5353); y, en consecuencia, no puede alegarse discriminación ni tampoco error de diagnóstico, ya que no guarda ninguna relación con la negativa del enfermo a recibir Asistencia Sanitaria si no se le dispensa en los términos por él exigidos (STC 28 de octubre 1996, n.º 166, RTC 166). Teniendo en cuenta que según la STSJ Galicia 25 de enero 2002 (AS 9) «si el rechazo de la sanidad pública a la intervención quirúrgica en los términos exigidos por la religión del demandante no es una denegación injustificada de asistencia sanitaria, la eventual situación de urgencia vital consiguiente a la denegación no justificaría el reintegro de gastos causados por acudir el demandante a la sanidad privada»; y, finalmente, en los casos de internamiento por razones psiquiátricas, cuando el beneficiario acude directamente a servicios ajenos a la Seguridad Social sin que exista urgencia vital ni comunicación previa a la Inspección Médica (Entre otras, SSTS 12 de diciembre 1991, RJ 9065; 12 de marzo 2001, RJ 3175). BLASCO LAHOZ: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *op. cit.* (versión digital); BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO: «Curso de Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 498 a 500; y GARCÍA NINET: «Reintegro de prestaciones por la utilización de la medicina privada», *op. cit.*, págs. 24 y 25.

Un análisis del tratamiento de la jurisprudencia y de la doctrina judicial de los supuestos de internamiento en centros psiquiátricos en, MIÑARRO YANINI: «Reintegro de gastos médicos por Asistencia Sanitaria en instituciones psiquiátricas ajenas a la Seguridad Social (a propósito de la STSJ Galicia, 8 de noviembre 1999), *op. cit.*, págs. 58 y ss.; y DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 27.

<sup>86</sup> Según BLASCO LAHOZ —que cita a POLO SÁNCHEZ— «el error de diagnóstico presenta varias fases que van más allá de lo que sería un incorrecto dictamen facultativo: antes de emitir un diagnóstico, el enfermo tendrá que ser sometido a una serie de pruebas y exploraciones de cuyo resultado el personal sanitario extraerá las conclusiones pertinentes, que habrán de ser transmitidas sin solución de continuidad al afectado; de manera que cuando tales pruebas son omitidas, al no considerarse necesarias a juicio del médico, bien por propia iniciativa, o cuando son negadas al usuario tras una petición inicial por él formulada, no se podría hablar de error de diagnóstico, pero sí del incumplimiento de los presupuestos necesarios para que tal diagnóstico sea correcto, en lo que podría denominarse diagnóstico "incompleto o insuficiente"». BLASCO LAHOZ: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *op. cit.* (versión digital).

<sup>87</sup> RJ 9416.

<sup>88</sup> En la doctrina judicial siguiendo este criterio, SSTSJ Cataluña 21 de febrero 2005 (AS 979); Canarias (Las Palmas) 1 de abril y 30 de julio 2004 (JUR 154359 y 265133); y 27 de mayo 2005 (AS 1396); Murcia 17 de mayo 2004 (JUR 173851); Cantabria 30 de octubre 2003 (AS 2004\824); Madrid 13 de marzo 2003 (AS 2854); Extremadura 10 de septiembre 2001 (AS 4300).

puesto en el artículo 43 de la Constitución»<sup>89</sup>. Por consiguiente, el «supuesto se desliza hacia la zona mixta entre la denegación injustificada y la urgencia vital»; de tal modo que, «lo más razonable es probablemente sostener una cierta autonomía del error»<sup>90</sup>. De todos modos, a pesar del criterio del TS, la doctrina judicial sigue sin ser pacífica<sup>91</sup>.

• Desde un punto de vista *procedimental*, siguiendo la exposición de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero 2006<sup>92</sup>, para los supuestos de error de diagnóstico sería exigible que «se lleve a cabo algún tipo de reclamación formal destinada a obtener la asistencia debida ante una negativa o se inicien trámites más o menos complejos para subsanar el error de diagnóstico a través del recurso a otros facultativos del sistema público, mediante el correspondiente sistema de citaciones». No obstante, al igual que en el supuesto de denegación injustificada, no puede exigirse que tenga que tramitarse recurriendo ante los órganos judiciales las resoluciones denegatorias, dado que «si el riesgo que implica el estado de salud del paciente no permite la "espera" determinada por la Administración sanitaria tampoco permitirá la "espera" propia de la Administración de Justicia»<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> Además, añade, «En realidad la nueva regulación del Real Decreto 63/1995, recoge esas orientaciones de la Jurisprudencia, por ejemplo, cuando regula la exclusión de tratamiento que suponga infracción del principio constitucional de igualdad, u omisiones significativas en la regulación como puede servir de muestra la exclusión del tratamiento psiquiátrico, y de acuerdo con esta tendencia, la no mención del error del diagnóstico no puede llevarnos a la conclusión de que en ese supuesto se le excluya de la obligación del reintegro como se pretende en la impugnación del recurso».

<sup>90</sup> DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA: «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», *op. cit.*, pág. 26. No obstante, un sector de la doctrina judicial entiende que la referencia puntual que la STS 8 de noviembre 1999 (RJ 9416) hace al «error de diagnóstico» debe entenderse extensible genéricamente a la «denegación injustificada sanitaria». SSTSJ Cantabria 18 de diciembre 2002 (AS 2003\1663); y 16 de abril 2004 (AS 1090); Cataluña 11 de marzo 2005 (AS 1274); y Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero y 5 de junio 2006 (AS 968 y 2228). En este sentido, es importante advertir que «el error de diagnóstico no es [propriadamente] denegación injustificada de asistencia, sino ofrecimiento de una asistencia inadecuada». DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>91</sup> Para la STSJ Baleares 10 de diciembre 2002 (JUR 2003\126860) «el error de diagnóstico, por consiguiente, no es en sí fuente de resarcimiento de gastos. Lo será sí, cuando se descubre, la evolución de la patología ha llegado a un punto tal de gravedad que requiere tratamiento médico inmediato e inaplazable so pena de riesgo acuciente para la vida del enfermo». En términos similares, STSJ Castilla-La Mancha 23 de enero 2006 (AS 94). Según la STSJ Cantabria 31 de mayo 2005 (AS 1192) «La citada norma [Decreto 63/1995] contempla el supuesto de urgencia del caso clínico unido a la desatención efectiva del enfermo o solamente cuando esta última imponga al paciente y, previos los asesoramientos facultativos suficientes, el deber de hospitalización inmediata y utilización de la asistencia privada, para evitar que se ponga en peligro la vida o la curación definitiva del paciente, supuesto de excepción muy calificada, en los que los gastos que el tratamiento particular de emergencia origine, debe correr a cargo del seguro público, es decir, el texto ampara también la inasistencia o el error que pone en peligro la curación definitiva del paciente, o, la necesidad inmediata de asistencia, para evitar la pérdida de la vida del beneficiario y otros daños permanentes y graves para su salud e integridad». Siguiendo el mismo planteamiento, STSJ Cantabria 14 de febrero 2005 (AS 1961). Y, para la STSJ Comunidad Valenciana 26 de enero 2001 (AS 1434), «desde la vigencia de ese Real Decreto de 1995 nunca se reintegran los gastos en el supuesto de error de diagnóstico ni de desatención o denegación de asistencia».

<sup>92</sup> AS 968. En términos similares, STSJ Castilla y León (Valladolid) 5 de junio 2006 (AS 2228).

<sup>93</sup> SSTSJ Cantabria 18 de diciembre 2002 (AS 2003\1663); y Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero y 5 de junio 2006 (AS 968 y 2228).

Finalmente, en la práctica, se ha entendido que para que se reconozca el reintegro de gastos médicos en estos casos es preciso que se identifique un claro error y que no haya un abandono voluntario de la medicina pública <sup>94</sup>. Asimismo, siguiendo a BLASCO LAHOZ <sup>95</sup>, los tribunales han considerado desatención o denegación injustificada cuando se produce un error continuado de tratamiento, dada su prolongación y falta de perspectivas de ser solucionado <sup>96</sup>; o bien si el beneficiario ha perdido la confianza en la medicina pública <sup>97</sup>; y, finalmente, también, en los supuestos de huelga del personal sanitario <sup>98</sup>.

### 3. VALORACIÓN FINAL: LA VIGENCIA DE LOS SUPUESTOS DE ERROR DE DIAGNÓSTICO Y DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE LA ASISTENCIA DEBIDA CON CARÁCTER AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 4.3 DEL DECRETO 1030/2006

El régimen jurídico del reembolso de gastos médicos en los supuestos de «urgencia vital» no ha sufrido modificación relevante alguna, por lo que siguen siendo válidas todas y cada una de las aportaciones judiciales y doctrinales vertidas al respecto.

A la hora de evaluar la repercusión del Decreto 1030/2006 en los supuestos de «denegación injustificada de la asistencia debida» y «error de diagnóstico», como punto de partida, y en contra de lo defendido por el Magistrado señor DESDENTADO BONETE en su voto particular formulado a la STS 20 de octubre 2003 <sup>99</sup>, no puede admitirse que se ha producido –de nuevo– un «olvido».

Asumiendo, por tanto, que la omisión es expresa, lo lógico sería entender que lo que el legislador persigue con la promulgación del Decreto 1030/2006 es rechazar la posibilidad de reintegro de gastos médicos por denegación injustificada de la asistencia debida y por error de diagnóstico como supuestos autónomos; debiéndose reconducir o bien a las situaciones de «urgencia vital» o bien a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por mal funcionamiento de sus servicios. Parece que la finalidad del Decreto 1030/2006 coincide con la recogida en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado elaborado a propósito del (entonces, proyecto) Decreto 63/1995, esto es, la necesidad de reordenar los supuestos de hecho que caracterizan la denegación injustificada de asistencia, ubicándolos entre las circunstancias generadoras de responsabilidad patri-

<sup>94</sup> STSJ Extremadura 10 de septiembre 2001 (AS 4300).

<sup>95</sup> BLASCO LAHOZ: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», *op. cit.* (versión digital).

<sup>96</sup> Véase nota 94.

<sup>97</sup> STSJ Andalucía (Granada) 20 de febrero 2001 (AS 2402).

<sup>98</sup> STCT 25 de febrero 1989 (RTCT 1752).

<sup>99</sup> RJ 2004\502.



monial de las Administraciones públicas (lo que, a la postre, se traduce en el condicionamiento del reintegro a la concurrencia de requisitos más estrictos y a la, por el momento, inacabada controversia relativa a la competencia jurisdiccional) <sup>100</sup>.

De hecho, teniendo en cuenta la finalidad perseguida y que el reintegro de gastos médicos tiene carácter excepcional (arts. 102.3 TRLGSS, aprobado por Decreto 2065/1974; y art. 17 Ley 14/1986 General de Sanidad), puede afirmarse que la regulación del Decreto 1030/2006 es coherente, pues, desde una *perspectiva de técnica legislativa*, no puede exigirse que se especifiquen todos los supuestos a los que no se está haciendo referencia, esto es, que no forman parte de la excepción a la regla general. Aunque hubiera sido deseable que se hubiera concretado esta cuestión en términos negativos (esto es, especificando los supuestos a los que no se está haciendo referencia), al menos para tratar de atenuar la extraordinaria conflictividad que suscita en sede judicial, debe tenerse en cuenta que difícilmente se hubiera podido delimitar con precisión los contornos de lo que debe entenderse por «denegación injustificada de la asistencia debida» y «error de diagnóstico»; pues, la experiencia jurisdiccional ha evidenciado que resulta prácticamente imposible establecer parámetros susceptibles de generalización (por el carácter inminentemente circunstancial, es decir, dependiente de muy individualizadas situaciones de hecho). Lo que, atendiendo a la dinámica actual, lo más probable es que si se hubiera hecho, no hubiera aplacado la litigiosidad existente, sino que probablemente se hubiera convertido en un factor precipitante de su avivamiento.

Sin embargo, a pesar de la promulgación del Decreto 1030/2006 (o mejor dicho, precisamente gracias a ello), lo cierto es que la redacción actual, muy similar a su precedente, no impide que se mantengan todas y cada una de las interpretaciones vertidas en sede judicial hasta la fecha. Especialmente, las que se apartan de la finalidad perseguida por la citada norma. Lo que, por otra parte, dibuja un escenario «dramático», dada la absoluta disparidad de criterios concurrentes y contradictorios y la consiguiente ausencia de seguridad jurídica que ello comporta. Panorama nada halagüeño si, además, se atiende a las dificultades del Alto Tribunal para desarrollar una tarea unificadora.

En tanto que esto no suceda y que la regulación normativa no sea modificada, es posible seguir defendiendo el reembolso de gastos médicos en los casos de «denegación injustificada de la asistencia debida» y «error de diagnóstico». Como ya se ha expuesto, de todas las tesis analizadas, la que mejor se adhiere al contenido y al espíritu de nuestro ordenamiento jurídico es la que defiende su vigencia con carácter autónomo e independiente, pues, no debe olvidarse que lo que está en juego es el derecho constitucional a la salud y a la integridad física, y que la asistencia sanitaria es fundamental a estos efectos. En este sentido, los argumentos que desarrollan, entre otras, las expuestas SSTSJ Cantabria 18 diciembre 2002 <sup>101</sup> y Castilla y León (Valladolid) 26 de noviembre 2004 <sup>102</sup> son un sólido exponente para justificar la idoneidad de esta tesis.

<sup>100</sup> Sin olvidar que, como expone la STSJ Madrid 17 de julio 2006 (LA LEY JURIS: 2426842/2006), la remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa lleva consigo un «encarecimiento del coste jurídico».

<sup>101</sup> AS 2003\1663.

<sup>102</sup> JUR 311444.

A mayor abundamiento, cabe pensar que la referencia a «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» prevista en el artículo 4.3 del Decreto 1030/2006, puede erigirse en un sólido elemento para fortalecer la tesis del carácter autónomo de estos supuestos y, especialmente, el argumento basado en la necesidad de adoptar una interpretación sistemática de la citada norma reglamentaria y el Reglamento CEE/1408/1971, en aras a la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico.