

R2 JUL TMS-002

Revista Doctrinal

13-09

Noviembre 2009

# ARANZADI SOCIAL

Director:

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

- La gestión del tiempo de trabajo como respuesta a la crisis
- La jubilación de los empleados públicos
- La sustitución del relevista que reduce jornada por motivos familiares
- Accidente de trabajo y enfermedades mentales
- La cesión ilegal de mano de obra en las Universidades Públicas
- Cuestiones prácticas del recurso de suplicación laboral

ARANZADI



THOMSON REUTERS

## § 45. Los supuestos que habilitan el reintegro de gastos sanitarios: una cuestión poco pacífica

---

E. MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Sevilla

### Sentencia comentada:

STSJ de Canarias, de 29 de enero de 2009 (AS 2009, 1677)\*

**Palabras claves:** Prestación sanitaria, reintegro de gastos, supuestos, medicina privada, Sistema Nacional de Salud.

**Mots clefs:** Prestation sanitaire, coût, remboursement, services extérieurs, système sanitaire

### SUMARIO

1. SUPUESTO DE HECHO
  2. EL ESTADO NORMATIVO ACTUAL DEL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS
  3. LOS REQUISITOS DETERMINANTES DE LAS SITUACIONES DE «RIESGO VITAL»
  4. LA DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE ASISTENCIA Y EL ERROR DE DIAGNÓSTICO
  5. CONCLUSIÓN
- 

\* Véase la sentencia comentada en la revista jurisprudencial de AS núm. 13, 2009.

## 1. SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia objeto de este comentario viene a ocupar un nuevo caso de solicitud de reintegro de gastos por la utilización de servicios sanitarios ajenos o externos a los dispensados por el sistema sanitario público. En concreto, los hechos que dan lugar a este pronunciamiento tienen lugar cuando la paciente, tras recibir asistencia sanitaria del Servicio Canario de Salud entre los años 1987 y 2004 consistentes en diversas intervenciones quirúrgicas con implantes de prótesis en ambas rodillas (en total 6 intervenciones) comienza en enero de 2005 a ver mermada su capacidad deambulatoria debido a intensos dolores en ambas piernas que le obligan a mantenerse postrada en cama la mayor parte del día. Tras acudir a los dos centros hospitalarios públicos de su localidad se le deniega la posibilidad de realizar nuevos implantes de prótesis, prescribiéndosele una silla de ruedas y se le valora la posibilidad de inmovilizarle definitivamente la rodilla izquierda, e incluso se le comenta la posibilidad de que fuese necesario la amputación de ambas piernas.

Ante tal diagnóstico la paciente acude a una consulta privada de traumatología en donde se emite un diagnóstico diferente y se le aconseja acudir a un centro especializado en Hamburgo para la valoración, tratamiento y corrección de su dolencia mediante la implantación de nuevas prótesis. Entre septiembre de 2006 y junio de 2007 la paciente es intervenida quirúrgicamente de ambas rodillas siendo satisfactoria su evolución y pudiendo caminar con la ayuda de bastones.

La paciente presenta en noviembre de 2006 solicitud de reintegro de gastos (pero no de la totalidad de los mismos al no haber tenido lugar la segunda intervención) ante el Servicio Canario de Salud que le es denegada por no existir una situación de urgencia vital. Presentada demanda laboral ésta se estima condenándose al Servicio Canario de Salud al reintegro de la totalidad de los gastos presentados por la paciente. El Servicio Canario de Salud interpone recurso de Suplicación frente a dicha resolución siendo desestimado por el TSJ Canarias que reconoce la procedencia del reintegro al considerar que del conjunto de los hechos probados se desprende la existencia de una situación urgencia vital, además de una denegación injustificada de asistencia sanitaria y un error en el diagnóstico (en cuanto a la posibilidad de que la paciente recuperase su capacidad locomotora).

El pronunciamiento llevado a cabo por la STSJ Canarias permite de nuevo una reflexión en torno al análisis de los requisitos exigibles para la concesión del reintegro de gastos y, en especial, de la supervivencia de la denegación injustificada de asistencia y del error de diagnóstico como supuestos vinculantes para la procedencia del reintegro.

## 2. EL ESTADO NORMATIVO ACTUAL DEL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS

La protección de la salud es un derecho de todos los ciudadanos predicable en nuestro ordenamiento en el art. 43 de la Constitución (RCL 1978, 2836) (que determina la obligación de los poderes públicos de establecer cuantas medidas sean necesarias para dar efectividad al mismo) y que se encuentra garantizado, tras la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316) General de Sanidad, (norma que, entre otras, desarrolló el citado precepto constitucional) por la creación del Sistema Nacional de Salud –SNS– (eje de la organización del sistema sanitario español e integrado por el conjunto de todos los servicios sanitarios públicos de las CC AA, así como de las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos) que entre sus características comprende «La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados» (art. 46.e LGS)<sup>1</sup>. Asimismo el marco legal establecido para la cooperación y coordinación de las Administraciones Públicas Sanitarias en orden al cumplimiento del citado derecho a la protección de la salud, la Ley 16/2003 de 28 de mayo (RCL 2003, 1412) de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante LC–, art. 2. letras c y d, reconoce entre sus principios «El aseguramiento universal y público por parte del Estado» y «la prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad». A tal fin la LC establece el catálogo de prestaciones sanitarias disponibles del SNS (que es la continuación del que en su día estableció el RD 63/1995, de 20 de enero [RCL 1995, 439], sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud) fijándose por RD 1030/2006, de 15 de septiembre (RCL 2006, 1713, 1902) la cartera de servicios (conjunto de métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias). Lo anterior permite a los beneficiarios/usuarios del SNS tener garantizado el derecho a recibir la asistencia sanitaria que precisen cuando exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad y calidad (conforme al contenido incluido en el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios), en cualquier parte del territorio español. Ahora bien la Ley de cohesión (art. 9) precisa que tales prestaciones «únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud...». De ahí que, en aquellos casos en los que el beneficiario necesitase alguna de tales prestaciones y no estuvieran disponibles en los servicios públicos de salud de su lugar de residencia éstos establecerán las medidas adecuadas para remitir al usuario al centro o servicio sanitario (público o privado concertado) donde se le pueda dispensar (art. 2.4 RD 1030/2006).

En consecuencia, es una obligación exigible a los usuarios el acceder a dichas prestaciones y servicios conforme a los criterios establecidos por la administración sanitaria competente, de tal forma que la utilización de otros servicios sanitarios distintos a los aquí citados (utilización de la medicina privada) no

1. Vid. también los arts. 100 y 101 –aún vigentes–, del D. 2065/1974 de 30 de mayo (RCL 1974, 1482) por el que se aprobó la LGSS/1974.

quedan cubiertos por la protección sanitaria pública. Y así lo dispuso el todavía vigente art. 102.3 del D. 2065/1974 (RCL 1974, 1482) de la LGSS y, posteriormente la LGS en cuyo art. 17 dispuso que «las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a éstos 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», en estrecha conexión con el citado art. 9 LC y, todo ello sin perjuicio de lo que al respecto establezca la normativa específica reguladora del derecho a la asistencia sanitaria de los trabajadores españoles desplazados al extranjero al servicio de empresas españolas y del personal al servicio de la Administración pública en el extranjero (Disp. Adic. 2ª LC)<sup>2</sup>.

Ahora bien, como toda regla general ésta también contiene excepciones, de manera que dicho principio general del SNS quiebra ante determinados supuestos o situaciones en los que se reconoce al usuario la posibilidad de utilizar los servicios sanitarios externos al SNS. Y estas situaciones o supuestos son denominadas por la LC (art. 9) «riesgo vital», entendiéndose por tal, según el RD 1030/2006 (art. 4.3) los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital atendidos fuera del SNS. En estos casos la administración sanitaria reconoce al usuario el derecho a ver reembolsado los gastos derivados de dicha asistencia, siempre y cuando, además de lo anterior, queden comprobados dos extremos: la imposibilidad de utilizar los medios y servicios del SNS y que el supuesto en cuestión no supone 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).

Como se puede apreciar el art. 4.3 del RD 1030/2006 conserva la redacción del art. 5.3 del RD 63/1995 al establecer las situaciones excepcionales que posibilitan el acceso al reintegro de gastos por la utilización de servicios externos al SNS, es decir, las situaciones de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Con el mantenimiento de la cuestión en la letra del art. 4.3 del RD 1030/2006 el legislador desaprovecha la oportunidad de zanjar la cuestión sobre los supuestos habilitantes al reintegro. La confusión sigue siendo la nota dominante dejándose, una vez más, la puerta abierta a la polémica y a la disparidad de criterios interpretativos en una cuestión que como ésta tiene una afectación muy directa sobre los usuarios y también sobre los recursos financieros del SNS. El reintegro de gastos sanitarios sigue siendo una cuestión poco pacífica<sup>3</sup>. Y ello puede comprobarse de la posición que mantiene el TSJ Canarias en la

2. Y así la STSJ Andalucía de 16-3-2007 (AS 2007, 3164), apoyándose en otros pronunciamientos de los SSTJS C. Valenciana y de Murcia viene a afirmar que «en el ordenamiento español la regla general es, con carácter imperativo, no admitir el reintegro de gastos médicos... pues en todo caso debe acudir al sistema sanitario público, salvo excepciones legal o reglamentariamente establecidas».

3. En semejante sentido De HEREDIA RUIZ, I.: «El reembolso de gastos médicos a la luz de las últimas novedades legislativas y de la reciente jurisprudencia y doctrina judicial», Revista del Centro de Estudios Financieros «Trabajo y Seguridad Social», núm. 288, marzo 2007, pg. 115.

sentencia que ahora se comenta al mantener como supuestos *habilitantes del reintegro*, supuestos no recogidos por el legislador en el derogado art. 5.3 del RD 63/1995 (ahora art. 4.3 RD 1030/2006) como son la denegación injustificada de asistencia sanitaria y el error de diagnóstico. Si bien hay que hacer constar que por el desarrollo cronológico de los hechos éstos se desarrollan, en parte, durante la vigencia del RD 63/1995, siendo esta norma y la doctrina jurisprudencial derivada de la misma y no el RD 1030/2006 el apoyo del TSJ de Canarias en sus argumentaciones jurídicas, circunstancia esta que no plantea problema de contenido jurídico puesto que la semejante redacción entre ambos preceptos (art. 5.3 del RD 63/1995 y art. 4.3 del RD 1030/2006) posibilitan que los criterios jurisprudenciales interpretativos derivados de la normativa anterior sigan siendo válidos a la hora de dictar nuevos pronunciamientos sobre el reintegro de gastos sanitarios.

### 3. LOS REQUISITOS DETERMINANTES DE LAS SITUACIONES DE «RIESGO VITAL»

El «riesgo vital», como situación admisible para proceder al reintegro de gastos sanitarios, ha sido equiparable por el legislador en el RD 1030/2006 (RCL 2006, 1713, 1902) con el supuesto excepcional que se recogía en el derogado art. 5.3 RD 63/1995 (RCL 1995, 439) considerando como tal aquella situación en la que se requiere una «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital». La indeterminación de este clásico supuesto en torno a la identificación de los casos que se incluyen y los que no dentro de esta situación excepcional, unido a la multiplicidad de situaciones que pueden darse ha dado lugar a un gran número de litigios y de resoluciones judiciales cuyos criterios han permitido establecer su ámbito material y sus límites. Y así, el TS ha interpretado que tienen cabida dentro del citado concepto aquellas situaciones en las que la asistencia resulta necesaria para conservar la vida y obtener la curación del paciente<sup>4</sup>. Más en concreto el TS ha venido entendiendo que esas situaciones tienen lugar cuando se esté ante «una situación patológica de tal gravedad, que como consecuencia de la misma, esté en riesgo cierto e inminente la vida o la integridad física, si hubiera de estarse a la necesaria demora derivada de acudir a los servicios médicos asignados por la Seguridad Social»<sup>5</sup>, exigiéndose además en la asistencia recibida la nota de perentoriedad en el sentido de inmediatez que excluya la posibilidad de aplazamiento<sup>6</sup>. Y además aclaraba 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»<sup>7</sup>. Y así se refleja en la doctrina jurisprudencial citada por el TSJ de Canarias en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia comentada.

Ahora bien, esta interpretación inicial ha sido objeto de una mayor clarificación por parte del TS que, en los últimos años y como consecuencia de la

4. STS 22 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7186).

5. STS 1-7-1991 (RJ 1991, 5864).

6. SSTS 14-12-1988 (RJ 1988, 9617) y 8-4-1986 (RJ 1986, 1900).

7. STS 24-1-1997 (RJ 1997, 628).

casuística generada, viene a humanizar el concepto de urgencia vital en el sentido de entender que tal situación no queda limitada a los supuestos de peligro inminente de muerte, sino que también han de quedar incluidos aquellos casos en los que se produce una pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Por lo tanto, «existe necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente y de carácter vital cuando la referida asistencia es precisa para conservar la vida, los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad o para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor y sufrimiento»<sup>8</sup>.

Esta flexibilización en el concepto de la urgencia vital ya venía siendo utilizada por algunos TSJ que llegaban a reconocer la urgencia vital en supuestos en los que existiese una posibilidad cierta y próxima de un daño irreparable<sup>9</sup>. De este modo, la STSJ Canarias, Las Palmas de 27-5-2005 (AS 2005, 1396) sostiene que «para que el reembolso de gastos sea procedente no es preciso, por tanto, que esté en riesgo cierto e inminente la vida del paciente, sino que basta con que racionalmente pueda presentarse 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, para que podamos considerar que nos encontramos ante una situación de necesidad de asistencia sanitaria, urgente inmediata y de carácter vital», fundamentos estos que, entre otros, son utilizados por esta Sentencia para estimar la urgencia vital, al existir una situación objetiva de riesgo que se concreta en la situación patológica degenerativa de la paciente que, durante meses tuvo que soportar fuertes dolores en las piernas que la obligaban a mantenerse inmovilizada y a la espera de una nueva intervención quirúrgica en la que perdería la movilidad de la rodilla izquierda y con la posibilidad de que, atendiendo a la deteriorada situación de las dos rodillas existiese la posibilidad de amputación de las dos piernas.

Pero para proceder al reintegro no sólo se precisa de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, sino que el TS viene exigiendo, además de lo anterior, la concurrencia conjunta de otros dos requisitos de manera que la ausencia de alguno de ellos impediría el reconocimiento del reintegro (STS 20-10-2003 [RJ 2004, 502]):

a) La imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios públicos entendiéndose que tal situación tiene lugar cuando la asistencia no sea posible, o sea extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente acudir a los servicios sanitarios públicos. Dicha imposibilidad queda reconocida por el TS tanto en aquellos supuestos en donde la urgencia vital se produce de forma súbita e imprevisible y la distancia geográfica de los servicios sanitarios públicos impiden

8. STS 17-7-2007 (RJ 2007, 8301).

9. En este sentido vid. la relación de Sentencias de los TSJ citada por BLASCO LAHOZ en: pg. 12. «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales» (BIB 2004, 1570). La flexibilización comentada se puede apreciar también en recientes pronunciamientos de los TSJ como, por ejemplo, en la STSJ País Vasco de 24-6-2008 (AS 2008, 2815) que viene a identificar como una situación de urgencia vital la necesidad de atención previa del paciente ante la pérdida de la capacidad reproductiva que se derivaría de su sometimiento posterior a un tratamiento oncológico. Vid. un comentario de la misma en POLO SÁNCHEZ, C.: «La apreciación de urgencia vital ante un proceso irreversible de infertilidad» (BIB 2009, 406).

su utilización y el recurso a servicios sanitarios privados como en aquellos otros en los que el paciente acude a los servicios sanitarios públicos pero la asistencia sanitaria no se lleva a efecto por distintas circunstancias tales como sobrecarga de los servicios, excesiva demora o carencia de instalaciones o de medios adecuados<sup>10</sup>.

En esta Sentencia el requisito de la imposibilidad de acceso a los servicios sanitarios públicos se entiende cumplido no porque el paciente no pudiera utilizar los servicios sanitarios, pues sí los utilizó y como consta en los hechos fue tratada de su dolencia e intervenida quirúrgicamente en seis ocasiones sino por el posterior proceder de los servicios médicos públicos que se negaron a intervenir quirúrgicamente a la paciente e implantarle nuevas prótesis funcionales, lo que unido a la demora en la obtención de un nuevo tratamiento que aliviara sus dolores (desde enero de 2005 hasta septiembre de 2006 fecha en la que es sometida a la intervención de la rodilla izquierda esta vez por un centro sanitario privado en Hamburgo) y al error de diagnóstico en cuanto a la capacidad de recuperación de la movilidad de sus piernas son circunstancias que para el TSJ Canarias justifican el cumplimiento de este requisito y la necesidad de acudir a la medicina privada. Y así, el TSJ, apoyándose en otro pronunciamiento anterior de 10-6-2003 (AS 2004, 1349), argumenta que un plazo de espera más o menos amplio para la práctica de pruebas clínicas, unidas a un error en el diagnóstico justifica que el enfermo acuda a otros servicios médicos privados para que efectúen un diagnóstico y tratamiento correcto.

b) que la no utilización de los servicios del SNS no suponga un uso abusivo del reintegro, es decir, que el paciente, voluntariamente o por una decisión caprichosa, opta por abandonar los servicios sanitarios públicos<sup>11</sup>, circunstancias estas que, a juicio del TSJ Canarias, no se dan en este caso porque la paciente acude a la medicina privada no por una decisión voluntaria sino al verse obligada a ello ante el proceder de los servicios sanitarios públicos canarios.

Finalmente resulta necesario realizar una precisión en cuanto al contenido de la asistencia sanitaria prestada por centros sanitarios privados objeto de reintegro que debe de quedar comprendida en el catálogo de prestaciones y cartera de servicios del SNS. Por lo tanto, y atendiendo a las exclusiones que establece el art. 5.4 del RD 1030/2006 (antes en el anexo III del RD 63/1995) quedarán excluidas del reintegro las técnicas o procedimientos experimentales, en fase de investigación clínica, o aquellos sobre los que no quede suficientemente probado su evidencia científica y máxime cuando esta asistencia es prestada fuera del territorio nacional. En este sentido la doctrina del TS considera excluidas de dispensación «aquellas técnicas que sólo son accesibles y disponibles en países más avanzados que poseen un nivel científico y un desarrollo técnico superior, pero no aquellas otras técnicas que están disponibles en nuestro país, aunque se dispensen en clínicas privadas, siempre que se trate de técnicas cuya utilización haya sido aprobada por la Administración Sanitaria Estatal»<sup>12</sup>.

10. STS 15-1-1987 (RJ 1987, 41).

11. Para algunos autores la comprobación de este requisito resulta innecesario si en el supuesto objeto de análisis se dan los restantes requisitos. Vid. la doctrina al respecto en TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Reintegro de gastos médicos en los casos de urgencia vital» (BIB 2002, 1289).

12. Vid. por todas STS 20-12-2001 (RJ 2002, 3751).



En el caso enjuiciado no se constata con claridad en texto de la Sentencia si la intervención quirúrgica a la que fue sometida la paciente en un centro privado de Hamburgo se trataba o no de una técnica en fase de experimentación y si ésta se encontraba reconocida o no por la Administración sanitaria. Tan sólo consta en la revisión de los hechos probados, solicitada por el Servicio Canario de Salud y denegada por el TSJ, que dicha técnica se realizaban en determinados centros públicos pero ninguna referencia en relación a si la misma se incluía o no en los protocolos asistenciales del SNS. Ésta es una circunstancia que el TSJ de Canarias, Las Palmas no entra a debatir, ya que para el TSJ el hecho de que la atención sanitaria recibida por la paciente en el centro privado de Hamburgo se viniese realizando en otros Hospitales del SNS, «no tiene trascendencia o virtualidad para mutar el fallo de la sentencia».

#### 4. LA DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE ASISTENCIA Y EL ERROR DE DIAGNÓSTICO

Como se sabe la denegación injustificada de la asistencia sanitaria fue uno de los supuestos que contemplaba el art. 18 del D. 2766/1967 (RCL 1967, 2236 y RCL 1968, 150) para proceder al reintegro de gastos sanitarios, entendiéndose que la misma tenía lugar cuando el paciente solicitaba asistencia sanitaria de los servicios públicos y ésta no fuese prestada bien por denegación expresa, bien a causa de un funcionamiento incorrecto no culpable de los servicios sanitarios (deficiencias estructurales y de organización hospitalaria, demora excesiva o errores de diagnóstico)<sup>13</sup>. Su posterior derogación por el art. 5.3 RD 63/1995 (RCL 1995, 439) (actualmente art. 4.3 RD 1030/2006 [RCL 2006, 1713, 1902]) generó un importante debate en la doctrina –que se mantiene en la actualidad– en torno a la pervivencia de la denegación injustificada de la asistencia como situación habilitante del reintegro de gastos sanitarios (y por extensión del error de diagnóstico)<sup>14</sup>. En sede judicial la diversidad de criterios quedaron agrupados en torno a una triple corriente interpretativa<sup>15</sup>: una primera que afirmaba la desaparición de la denegación injustificada como causa para permitir el reintegro b) una segunda que reconocía el mantenimiento de esta causa, en algunos casos como un supuesto autónomo y en otros como supuesto interrelacionado con la urgencia vital c) una tercera que mantiene la subsistencia de la denegación injustificada pero ejercitable ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, en virtud del art. 2.º LJCA (RCL 1998, 1741)<sup>16</sup>. Esta última interpretación fue la sostenida por la doctrina del TS a partir de la STS de 25-11-2003 (RJ 2003, 9114)

13. Vid. STS 8-11-1999 (RJ 1999, 9416); CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M. C.: «El reintegro de gastos causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social. Regulación normativa y doctrina jurisprudencial» edit. Comares, Granada 1998, pgs. 15-17 y jurisprudencia citada.

14. Vid. en la doctrina y doctrina de suplicación BLASCO LAHOZ, J. F.: «El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales», op. cit., pgs. 6 y ss..

15. Vid. el desarrollo de estas líneas interpretativas en DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E. «El reintegro de los gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 44, junio 2003, pgs. 15 y siguientes; DE HEREDIA RUIZ, I.: «El reembolso de gastos médicos a la luz de las últimas novedades legislativas y de la reciente jurisprudencia y doctrina judicial», op. cit., pgs. 120 y ss.

16. Vid. entre otras SSTSJ Andalucía; Granada de 31-1-2007 (AS 2007, 3508); 29-01-2009 (AS 2009, 184); Cantabria de 9-6-2000 (AS 2000, 2455); Extremadura 31-1-2008 (AS 2008, 1189); C. Valenciana 10-6-2008 (AS 2008, 2007).

abandonando el criterio mantenido hasta entonces y denegando el reintegro de gastos en esos casos, considerando que el planteamiento de estos supuestos debía realizarse ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo y, a pesar ello, la doctrina de suplicación, atendiendo a la individualidad de los supuestos, ha seguido resolviendo con posiciones que encajan en torno a las citadas líneas argumentales demostrando la pervivencia de su extremada litigiosidad<sup>17</sup>. Concretamente en el caso enjuiciado el TSJ de Canarias reconoce que hubo una situación de denegación injustificada de asistencia que se traduce en la negativa de los servicios a implantarle nuevas prótesis y en la demora en la obtención del tratamiento propuesto (artrodesis de la rodilla izquierda). También existió un error de diagnóstico en cuanto a la posibilidad de recuperar su capacidad locomotora, pues los servicios sanitarios del SCS negaron tal posibilidad y tras la implantación de nuevas prótesis en el centro sanitario privado de Hamburgo, la evolución de la paciente fue favorable recuperando su capacidad deambulatoria<sup>18</sup>. Y estos hechos permiten al TSJ de Canarias mantenerse dentro de la segunda línea interpretativa citada y, con fundamento en anteriores pronunciamientos, venir a reconocer la pervivencia de la denegación injustificada de asistencia y del error de diagnóstico como factores que posibilitan el reintegro en interrelación con la urgencia vital y ello con apoyo en los siguientes argumentos:

a) con apoyo en los arts. 100 y 101 LGSS (RCL 1974, 1482) –que reconocen el derecho a la prestación de la asistencia sanitaria– este Tribunal considera que la denegación de asistencia, aun no estando recogida en el RD 63/1995 es un supuesto que va contra la Ley y, por consiguiente, en este aspecto no puede ser de aplicación la citada norma reglamentaria, ya que ello vulneraría el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 Constitución) y el art. 6 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635).<sup>19</sup>,

b) con apoyo en el contenido del voto particular emitido en la STS 20-10-2003 (RJ 2004, 502) por DESDENTADO BONETE el TSJ Canarias que mantiene que «el antiguo supuesto de reintegro por denegación injustificada sigue existiendo, aunque haya sido “olvidado” por el RD 63/1995».

c) Con apoyo en la STS 4-7-2007 (RJ 2008, 694) en cuya fundamentación jurídica el TS no entra a debatir la cuestión de la competencia jurisdiccional ante un supuesto de denegación injustificada de asistencia sanitaria porque para el Alto Tribunal «resulta del todo innecesario tratar tal cuestión porque los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura».

17. Vid. la doctrina judicial más reciente citada por De HEREDIA RUIZ, I.: «El reembolso de gastos médicos a la luz de las últimas novedades legislativas y de la reciente jurisprudencia y doctrina judicial», op. cit., pgs. 120, 121 y ss.

18. Según la STSJ Andalucía, Granada de 16-3-2007 (AS 2007, 3164) «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”».

19. Una interpretación semejante en la doctrina en GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: «Reintegro de gastos sanitarios motivados por error de diagnóstico del sistema público de salud» (BIB 2002, 50).

Pero en estos casos en los que se reconoce la existencia de una denegación injustificada y/o un error en el diagnóstico los Tribunales han venido exigiendo al paciente la previa solicitud de autorización (para poder acudir a servicios externos a los públicos) y/o la comunicación de que se utilizaron servicios ajenos para poder proceder al reintegro<sup>20</sup>. En el caso que nos ocupa la asistencia sanitaria externa fue prestada no en un centro sanitario privado ubicado en territorio español sino en el extranjero, concretamente en Hamburgo por lo que, en relación con la necesidad de autorización habría de estarse a lo dispuesto, a nivel comunitario, por el Reglamento del Consejo 1408/1971, de 14-6-1971 (LCEur 1983, 411 1) en cuyo art. 22 se reconoce el derecho a la prestación de la asistencia sanitaria por la institución sanitaria competente de otro país distinto del de residencia del beneficiario cuando la necesidad de atención sanitaria sobrevenga de urgencia durante la estancia del beneficiario en otro Estado miembro<sup>21</sup> o cuando sea autorizado por la institución sanitaria competente del país de residencia del beneficiario para desplazarse a otro Estado miembro para recibir dicha asistencia, no resultando válido –a los efectos de la autorización– las recomendaciones o consejos de los médicos de los servicios sanitarios públicos, ya que no son éstos los competentes para autorizar la asistencia sanitaria en otro centro privado sino los órganos de dirección o inspección del correspondiente Servicio Público de Salud<sup>22</sup>.

En este caso la paciente se guió por los consejos de un médico privado y no por los públicos, puesto que éstos emitieron un diagnóstico diferente, y acudió al centro sanitario de Hamburgo sin solicitar autorización (formulario E112) ni comunicar al Servicio Canario de Salud la utilización de dichos servicios ajenos. Nos queda la incertidumbre de cuál hubiera sido la respuesta del SCS en la hipótesis de que la paciente hubiese solicitado autorización para recibir tratamiento en Hamburgo porque por un lado, la recomendación a recibir asistencia en Hamburgo no fue realizada por los servicios sanitarios públicos sino por un médico privado que fue quien hizo un diagnóstico diferente del que consta en el historial clínico de la paciente, por lo que atendiendo a tales informes, procedentes no del sistema sanitario público sino de un médico privado con consulta en territorio español, resulta difícil que la paciente viera aceptada la autorización. Pero por otro lado, y con base en el art. 22.2 del Reglamento 1408/1971 el SCS no podría denegar la autorización de la paciente cuando la asistencia recibida, en este caso en Hamburgo, figurase entre las

20. Vid. doctrina judicial citada al respecto por ARETA MARTÍNEZ, M.: «Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el Sistema Nacional de Salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad social» (BIB 2007, 2783). Según la doctrina del TS se requiere la previa autorización de la Administración sanitaria ya que de lo contrario «falta el necesario presupuesto para examinar si existió o no urgencia vital, ni tampoco puede alegarse denegación injustificada». Vid. por todas STS 20-10-2003 (RJ 2004, 502).

21. En consecuencia, se ha venido interpretando la ausencia de urgencia vital cuando se traten de intervenciones programadas. Vid. STSJ Valencia 25-1-2001 (AS 2001, 1699).

22. Vid. por todas STS 4-7-2007 (RJ 2008, 694). El reconocimiento de la buena fe como factor superior al requisito de la autorización viene siendo utilizado por la doctrina de suplicación. Así, por ejemplo, en un reciente pronunciamiento del TSJ del País Vasco valora la buena fe del paciente que se dejó guiar por los consejos de los médicos del servicio público y acudir al centro sanitario privado recomendado ante la imposibilidad de recibir tratamiento en la creencia de que actuaba sin contravenir la norma. Vid. STSJ País Vasco de 24-6-2008 (AS 2008, 2815) y comentada por POLO SÁNCHEZ en: «La apreciación de urgencia vital ante un proceso irreversible de infertilidad» (BIB 2009, 406).

prestaciones previstas por el SNS –hechos que no quedan determinados en la Sentencia– y cuando, atendiendo a su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, dicha asistencia no pudiera serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata por el SNS. Sin embargo, todas esas circunstancias no son valoradas por el TSJ de Canarias para reconocer el reintegro de gastos porque en este supuesto la ausencia de autorización se ve compensada con la buena fe de la paciente que se dejó guiar por los consejos de un médico privado. En relación con esta cuestión el TSJ Canarias siguiendo al del TS en Sentencia de 30-4-1987 (RJ 1987, 2844) mantiene que «un comportamiento leal en todas las acciones u omisiones que por sí mismas, en cuanto afectantes a otras personas en mayor o menor grado, son susceptibles de generar una situación determinada, de la que luego cabe extraer conclusiones; y, a seguido, mantener la validez en derecho de éstas, operando en consecuencia lealmente y con buena fe».

## 5. CONCLUSIÓN

La apreciación individualizada que realiza el TSJ Canarias en esta Sentencia en relación a la valoración de los requisitos esenciales para admitir el reintegro de gastos sanitarios permite ubicar su planteamiento en la línea interpretativa de considerar vigente el supuesto de la denegación injustificada de asistencia sanitaria –y también del error de diagnóstico– a pesar de no quedar incorporado ni en el derogado art. 5.3 del RD 63/1995 (RCL 1995, 439) ni en el art. 4.3 del RD 1030/2006 (RCL 2006, 1713, 1902), pero no como supuestos autónomos, pues en este caso vendría a ser la jurisdicción Contencioso-Administrativa la procedente para su conocimiento, sino cuando se dan estos supuestos conjuntamente con situaciones de urgencia vital. Y ahí es donde radica el verdadero problema interpretativo en estos casos, es decir, el de distinguir una situación de urgencia con otras en las que se cumple el requisito del «carácter vital» cuando coexisten con situaciones de denegación injustificada de asistencia y/o error de diagnóstico. En estos casos estamos ante supuestos de gran complejidad en cuanto a su resolución porque en ellos se mezclan los requisitos de las citadas figuras, de manera que resulta extremadamente dificultoso, apreciar cada una de estas figuras en su integridad en orden a determinar, por un lado el adecuado cauce jurisdiccional y, en su caso, la procedencia o no del reintegro<sup>23</sup>.

Y esto es lo que sucede en la Sentencia comentada en donde el TSJ de Canarias Las Palmas reconoce que se produce una situación de denegación injustificada de asistencia unido a un error de diagnóstico y, ambos factores desencadenan una situación de urgencia vital y, en consecuencia, la competencia del orden social para entrar a conocer el supuesto en cuestión y, a su vez, para reconocer la procedencia del reintegro.

A nuestro entender, la concurrencia de los citados supuestos no debe llevar a los Tribunales a considerar reintegrables supuestos en los que no quedan

23. Entre la doctrina de suplicación a favor del reintegro en estas situaciones, a título de ejemplo, vid. SSTSJ Asturias 22-6-2001 (JUR 2001, 229608); 18-1-2002 (AS 2002, 415); Extremadura de 10-9-2001 (AS 2001, 4300). Como Sentencias de contraste contrarias al reintegro vid., entre otras, SSTSJ Andalucía, Granada de 31-1-2007 (AS 2007, 3508).

con claridad determinados todos y cada uno de los requisitos establecidos para considerar un caso como de «urgencia vital» por el hecho de coexistir con situaciones de funcionamiento anormal de los servicios sanitarios y/o con errores de diagnóstico. La apreciación individual de cada caso debe llevar al órgano juzgador a concretar si en el caso enjuiciado se aprecian o no todas y cada una de las notas que caracterizan a una urgencia vital. Y, en su caso, examinar la actuación de los facultativos del sistema sanitario público en orden a considerar la existencia o no de una situación calificable como de denegación injustificada y/o con un error de diagnóstico, puesto que existen situaciones extremas en las que el proceder de la actuación facultativa ha sido correcto, en cuanto a que la misma se ha ajustado a la praxis médica y a los protocolos asistenciales establecidos en el SNS pero que, sin embargo, puede diferir tanto en el tratamiento como en el resultado dado al paciente del que posteriormente se le ha ofrecido en la medicina privada por el uso en esta última de técnicas experimentales, ensayos clínicos, nuevas tecnologías e incluso por el uso de prácticas clínicas basadas en el empirismo, sin que por ello se deba calificar a estas situaciones como de denegación de asistencia o de error en el tratamiento.