

**¿TIENE QUE REEMBOLSAR EL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO EL
GASTO DERIVADO DEL TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
EN UNA CLÍNICA PRIVADA?¹**

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo (UCLM)

Josefa.cantero@uclm.es

M^a Carmen González Carrasco

Profesora de Derecho Civil acreditada a CU (UCLM)

Centro de Estudios de Consumo

[\(maria.gonzalez@uclm.es\)](mailto:maria.gonzalez@uclm.es)

Fecha de publicación: 11 de junio de 2014

**STSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 12 Mar. 2014, rec.6445/2013.
Denegación de reembolso de gastos médicos por tratamiento de fertilidad en
clínica privada.**

1. Las circunstancias del tratamiento.

La cuestión litigiosa que aborda esta sentencia se centra en determinar si una paciente tiene derecho al reintegro de gastos originados por una Fecundación in Vitro (FIV) realizada por medios ajenos al sistema público sanitario, cuatro años después de haber recibido una comunicación del Hospital público de referencia en la que se le indicaba que era imposible asumir su solicitud de FIV en dicho hospital debido a la lista de espera existente y a la edad de la solicitante.

La actora, afiliada al régimen general de la Seguridad social, acudió a su médico de cabecera exponiendo sus dificultades para concebir. Dicho facultativo emitió un volante para el especialista en ginecología del Hospital Arnau de Vilanova, de Lleida, el cual

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

acreditó su situación de infertilidad y la necesidad de acudir a un tratamiento de Fecundación In vitro (FIV), remitiendo la petición de dicho tratamiento a 'Hospital de Vall d'Hebron de Barcelona, centro autorizado por el sistema sanitario público. Allí se le denegó la autorización para el tratamiento, por resolución del hospital de 14-9-2006 en la que se motivaba que "Debido a la lista de espera y por la edad de la paciente, en el Servicio de Reproducción Asistida nos es imposible aceptar la solicitud recibida".

Sin comunicación a la administración sanitaria, la actora acude en 2008 a un centro privado (CEFER), también autorizado por la Generalitat de Catalunya, donde tras las preceptivas pruebas y tratamientos previos, finalmente se le realiza una exitosa transferencia de dos embriones en el año 2010, dando lugar al nacimiento de sus dos hijos en el año 2011. En ese mismo año, el sistema catalán de salud había acordado cubrir los gastos farmacológicos de la actora derivados del tratamiento FIV. La actora solicita además el reembolso de un total de 4.350 euros. Y por su parte, la pareja de la actora solicitó el reembolso de 1.360 euros añadidos por gastos soportados por él durante el tratamiento. Ambas pretensiones son desestimadas tanto por el servicio catalán de salud, como en reclamación administrativa previa, como por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lleida de fecha 2 de septiembre de 2013. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desestima el recurso de suplicación con base en los siguientes argumentos, que pasamos a extraer:

- La sanidad pública, como cualquier entidad de análoga naturaleza, tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como la necesaria estabilidad financiera del sistema. Ello supone el reconocimiento de unos **límites inherentes a la asistencia debida por el Sistema Nacional (público) de Salud, que debe analizar el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, y no indeterminado**, es decir no puede decidir que todos los métodos existentes para la ciencia médica son practicables y con arreglo a ellos decidir la asistencia que el enfermo requiere.
- La superación de los desequilibrios sociales está sustentada en la misma existencia de un sistema público sanitario, pero ello no implica que todas las personas que conforman la ciudadanía española tengan derecho a todas las prestaciones sanitarias conocidas por la ciencia médica. El artículo 6.2, queda garantizado -en el supuesto que ahora nos ocupa- en la medida que **el ordenamiento prevé la prestación de la FIV por el sistema público sanitario, pero nada tiene que ver con la garantía de reembolso de gastos realizados en la sanidad privada.**

- El Real Decreto 1030/2006, en su Anexo III (bajo el título: "Cartera de servicios comunes de atención especializada") prevé en el punto 5.3.8 la *"Reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud: Inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos"*; Pero también es cierto que existe acuerdo en la comunidad médica acerca del extremo de que **en la medida que se acerca una mujer a los 40 años es poco aconsejable la FIV**, y en el caso en discusión se unió a tal circunstancia personal la dificultad debida a la **saturación del hospital de al que fue remitida** (ver hecho declarado probado 4º). **La ahora recurrente no discutió dicha denegación, sino que decidió acudir -un tiempo después- a la sanidad privada**. No queda acreditada la imposibilidad de uso de un hospital público: tan solo es uno de ellos el que le indica que no le puede dar prestación sanitaria, pero ello no equivale a que el completo sistema sanitario público no pudiera haberla atendido.
- La norma vigente prevé que solo cabe acudir a medios ajenos al sistema público de salud con cargo a éste, cuando se es derivado por órgano competente del propio sistema público, o cuando existe una urgencia vital: de manera que **resulta intrascendente que se le comunicase o no la necesidad de derivación previa, pues sobradamente conocido es el aforismo "la ignorancia de las leyes, no exime de su cumplimiento"**.

2. La regla general del no reembolso.

Nuestro legislador interno ha establecido un sistema de prestación de servicios sanitarios que se sustenta en dos premisas fundamentales. La primera de ellas consiste en la prestación directa de la asistencia sanitaria por parte de las propias instituciones públicas. Quiere ello decir que la utilización de las prestaciones a las que tiene derecho el usuario se realizará únicamente con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, con su personal, en sus instalaciones y a través de sus servicios propios o concertados, de tal forma que las entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonan los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen. Así se contempla explícitamente en el artículo 9

de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Es más, si puede formularse algún principio general al respecto en nuestro sistema sanitario, éste sería, sin duda alguna, el del **no reintegro de los gastos médicos por la utilización de servicios médicos privados** y la interpretación restrictiva de las excepciones a dicho principio. Así, la jurisprudencia ha aclarado en múltiples ocasiones que en el actual sistema “no se concede a los afiliados o beneficiarios 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 el reintegro de cantidades devengadas por servicios médicos que pudieron prestarse en instituciones de la Seguridad Social, que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, por lo que en ocasiones puede tratarse de una decisión caprichosa o por intereses familiares que pretenden agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas, las cuales serán humanamente comprensibles, pero no justifican el reintegro²”. La explicación de este carácter tan estricto hay que encontrarla en la necesidad de salvaguardar el **principio de igualdad y universalidad** en el acceso a las prestaciones sanitarias, lo que puede ser resumido en la máxima de que “el servicio público sanitario sólo está obligado a dar lo que todos en circunstancias iguales pueden recibir”.

El artículo 9 de la Ley 16/2003 ha sido desarrollado por el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, que vuelve a contemplar el reembolso de los gastos médicos por el uso de la medicina privada prácticamente en los mismos términos que establecía el recientemente derogado Real Decreto 63/1995 de Ordenación de prestaciones sanitarias. Es decir, el único supuesto que permite excepcionar las dos premisas generales recién mencionadas es el riesgo vital y cuando se justifique que la asistencia sanitaria no pudo ser prestada por los centros, servicios o establecimientos, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud. La denegación injustificada de la asistencia médica, que en el antiguo reglamento de asistencia sanitaria de 1967 permitía también el reembolso, fue derogada por la regulación del RD 63/1995, por lo que ya no existe como un supuesto de reintegro. Así se contempla en esta norma reglamentaria al establecer que “*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,*

² Por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 20 de enero de 1999.

una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

En definitiva, pues, el reintegro de gastos médicos por el uso de servicios médicos privados requiere el cumplimiento de tres requisitos: 1) Que se trate ciertamente de una situación de riesgo vital para el paciente, esto es, que requiera una atención médica urgente, inmediata y de carácter vital. Según la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 16 de mayo de 2001, “la urgencia vital implica perentoriedad y supone que la medida terapéutica es inaplazable hasta el punto de que cualquier demora determine grave peligro para la integridad del paciente, con imposibilidad de utilizar los servicios de la medicina oficial”. 2) Que el paciente justifique y demuestre por qué no acudió a un centro público o concertado del Sistema Nacional de Salud y 3) Que el uso que realice el paciente de la medicina privada no constituya una utilización desviada o abusiva del mismo (es decir, que si el paciente acude a una clínica privada cercana a su domicilio porque ha sufrido un infarto, no aproveche su estancia en el centro para someterse a una cirugía estética).

Es evidente que el tratamiento de reproducción asistida, independientemente tanto de sus legítimos fines como de lo discutible de su inclusión en la cartera de prestaciones de un sistema sanitario obligado a la racionalización del gasto sanitario con base en criterios de justicia distributiva³, no constituye el supuesto de riesgo vital exigido por la normativa vigente. Como afirmó la STS 16 de noviembre de 2009⁴, sobre un diagnóstico previo el tratamiento de reproducción asistida, «el tratamiento de reproducción asistida, no reviste carácter de urgencia vital pues, ni supone peligro de muerte inminente, ni de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona».

³ La polémica está servida en la actualidad con la decisión ministerial de excluir de la cartera general de prestaciones las técnicas de reproducción asistida humana que no tengan su base en la infertilidad patológica o en la preservación de la salud de madre o hijo, lo que indirectamente excluye a las madres solas y las parejas de mujeres. Varias CCAA han anunciado ya que introducirán las técnicas de reproducción asistida con carácter universal como prestaciones complementarias, si bien para ello deberán contar con la autorización del Ministerio.

⁴ Aunque por la época en que se denegó la asistencia el TS descarta que se trate de una asistencia debida, señalando que «en el Anexo I del mencionado Decreto -RD 63/1995-, en el que se contiene la relación de prestaciones sanitarias, no sólo no aparece el diagnóstico genético preimplantatorio, entre las prestadas por el Servicio Nacional de Salud, sino que tampoco está contemplada, a diferencia de las prestaciones contenidas en la cartera de servicios comunes de la Sanidad Pública, regulada en el RD 1030/2006 Anexo I, la reproducción asistida”.

3. La paradoja de la asistencia sanitaria transfronteriza

Desde hace ya varios años, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aplicado a los servicios médicos, tanto los hospitalarios como los que se prestan en las consultas, el principio de la libre prestación de servicios, lo que ha supuesto la penetración de las normas comunitarias sobre el mercado también en el ámbito sanitario. Sobre el modelo español de reembolso se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2010, que ha considerado que el mismo, a pesar de su carácter estricto, no resulta contrario al principio comunitario de la libre prestación de servicios. Pero por esas paradojas con que a veces nos sorprende el Derecho, es posible que una asistencia privada no reembolsable según los criterios anteriores sí se sea de obligatorio reembolso para la Administración sanitaria pública de haberse obtenido en un país miembro de la UE. En efecto, así es. Cuando el paciente traspasa las fronteras para recibir la asistencia sanitaria en otro país de la Unión Europea, el sistema de reembolso se muestra muchísimo menos exigente por aplicación directa de las libertades comunitarias y, más concretamente, del principio de la libre circulación de servicios. El sistema previsto por la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que acaba de ser transpuesta al ordenamiento español a través del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, permite que el paciente español pueda recibir la prestación sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea, pagarla y después solicitar su reembolso a nuestra Administración sanitaria.

La Directiva garantiza libremente la circulación de pacientes en el ámbito de la Unión Europea sin necesidad de contar con una autorización previa, aunque hay importantes excepciones. En este caso, al paciente se le reconoce el derecho a recibir en otro Estado la misma atención sanitaria que le habría prestado su país de origen. Eso sí, deberá anticipar el pago de dichos servicios y solicitar después el reembolso de dichos gastos, sean derivados de la sanidad pública o de la privada, a la institución sanitaria de su país, que reintegrará el importe máximo equivalente al que habría percibido de haber recibido allí ese tratamiento, asumiendo el riesgo financiero de todo gasto adicional que pueda derivarse del mismo.

Es importante tener en cuenta que, en todo caso, esta liberalización de la asistencia médica y farmacéutica sólo se refiere a la que se presta en otro Estado miembro, esto es,

a la asistencia transfronteriza. Dentro de sus fronteras, cada Estado es soberano para establecer sus formas de organización y financiación de la asistencia sanitaria.

El nuevo sistema no ampararía, en consecuencia, que un paciente español decidiera acudir libremente a una clínica privada de nuestro territorio para someterse a un tratamiento médico determinado, ni siquiera aunque éste estuviera incluido en la cartera de servicios de nuestro SNS. Esta libertad de elección sólo se generaría al traspasar las fronteras del Estado español. Por otra parte, la asistencia transfronteriza no se extiende a prestaciones sanitarias que no estén expresamente contempladas en la cartera de servicios del SNS. No tiene, pues, la virtualidad de contemplar tratamientos nuevos que no están socializados en nuestro país. Lo mismo sucede con los medicamentos comercializados en el Estado de tratamiento. Por lo demás, en nuestro país, tienen derecho al reembolso de los gastos derivados de asistencia sanitaria transfronteriza sólo las personas aseguradas conforme a la legislación española y sus beneficiarios, así como las personas respecto de las que España es competente para conceder la autorización previa necesaria para un tratamiento programado, conforme a los reglamentos comunitarios de Seguridad Social.

Efectivamente, los gastos abonados por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados a posteriori por la administración sanitaria competente que corresponda siempre que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho según la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud o, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 10 del Real Decreto 81/2014). La asunción de los gastos derivados de la asistencia sanitaria transfronteriza por los Estados obligados a ello, tiene como límite la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia efectivamente prestada. Estos gastos de reembolso se fijarán, con un procedimiento transparente de cálculo, basado en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano. En concreto, se utilizarán como tarifas aplicables para el reembolso los precios públicos o tarifas que se aplican por la prestación de servicios sanitarios aprobados y publicados por la respectiva administración sanitaria competente. Tan sólo por razones imperiosas de interés general podrán limitarse las normas de reembolso, restringiéndose ello a lo que sea necesario y proporcionado, sin que constituya un medio de discriminación aleatoria o un obstáculo injustificado a la libre circulación de las personas, los bienes y los servicios.

4. ¿Qué solución habría sido la correcta en el caso de esta sentencia de haberse trasladado hoy los actores a otro Estado miembro de la UE para recibir el tratamiento FIV en una clínica pública o privada de aquél país sin previa autorización del servicio público sanitario español?

Dado que la exigencia previa de una autorización para el posterior reembolso ha sido considerada por la jurisprudencia como un obstáculo a la libre prestación de servicios, en principio, el servicio de salud correspondiente no puede supeditar la asunción de los costes de la asistencia dispensada en el extranjero a la obtención de una autorización previa si dicha asistencia hubiera sido sufragada por su servicio de salud. Ésta es, pues, la regla general en que se sustenta el sistema. No obstante, la regulación de lo que parece ser una excepción se ha regulado en unos términos muy generosos, tal como se muestra en el amplio listado de intervenciones o técnicas que finalmente se han sometido a previa autorización⁵, entre los que se encuentran las técnicas de reproducción asistida.

En fin, el nuevo régimen de la asistencia sanitaria transfronteriza supone la liberalización del sector, lo que conlleva una importante oportunidad para la sanidad privada y un reto para los servicios autonómicos de salud, sobre todo para gestionar las listas de espera, toda vez que es previsible que puedan recibir un posible aumento de pacientes y reembolsar los gastos de aquellos asegurados que decidan ser atendidos en otro Estado de la Unión Europea. Pero dependiendo de los tratamientos que se consideren incluidos en el ámbito de la necesaria autorización, el nuevo sistema puede dar al traste con el principio de justicia y equidad, de forma que solo quienes puedan permitirse anticipar los gastos de viaje y asistencia en el un país europeo podrán obtener

⁵ El anexo II del Real Decreto establece el listado de intervenciones médicas que requieren la previa autorización. Ello ocurrirá con cualquier tipo de atención sanitaria que implique que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche; con aquellas técnicas que requieran el uso de procedimientos o equipos médicos sumamente especializados o costosos o que se apliquen a pacientes con problemas complejos; con la tomografía por emisión de positrones (PET), y combinada con el TC (PET-TC) y SPECT; con la reproducción humana asistida; con la diálisis; con la cirugía mayor ambulatoria que requiera la utilización de un implante quirúrgico; con los tratamientos con radioterapia; con los tratamientos farmacológicos o con productos biológicos, cuyo importe mensual sea superior a 1.500 €; con la radiocirugía; con los análisis genéticos orientados a diagnósticos de casos complejos, incluidos el diagnóstico prenatal y el preimplantacional, análisis genéticos presintomáticos y de portadores y análisis de farmacogenética y farmacogenómica; con los tratamientos de discapacidades que requieran para su corrección o mejoría sillas de ruedas eléctricas, prótesis de miembro superior excepto las prótesis parciales de mano, prótesis de miembro inferior excepto las prótesis parciales de pie, audífonos y bitutores; con los tratamientos con fórmulas completas para nutrición enteral domiciliaria y con fórmulas y módulos nutricionales para trastornos congénitos del metabolismo de los hidratos de carbono, aminoácidos y lípidos y con la atención a patologías y realización de procedimientos para los cuales se hayan designado servicios de referencia.

el reembolso que se niega de forma general a los pacientes que, sin sufrir un caso de urgencia vital pero tras una larga espera, acuden a una clínica privada nacional sin autorización previa.

Lo anterior podría ser un motivo más para justificar que la existencia de casos de patologías no vitales pero sí urgentes por riesgo de agravación en los que sea ajustada a Derecho una técnica de reembolso indirecto consistente en la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por dilaciones indebidas o denegación injustificada de asistencia. Este sistema pasaría por entender que la saturación de la lista de espera es, si se quiere, un funcionamiento normal de la Administración, pero del que la Administración sanitaria (o sea, todos nosotros) está obligada a responder cuando la no asistencia en plazo haya tenido como consecuencia la necesidad del paciente de acudir al sistema sanitario privado para minimizar las consecuencias del daño producido por la demora o la denegación. La jurisprudencia se ha hecho eco de esta línea de argumentación en varias sentencias. El Tribunal Supremo (Sala 3ª), en Sentencia de 25 de noviembre de 2005 ha entendido que “en estos casos, corresponde al orden contencioso-administrativo, en virtud de la LJCA art.2.e, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario».