

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2024**

Nº de Recurso:

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 1 de octubre de 2024.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D.^a Garbiñe Biurrun Mancisidor, Presidenta, D. Fernando Breñosa Alvarez de Miranda y D. Jose Felix Lajo Gonzalez, Magistrados/as, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente **SENTENCIA** En el Recurso de Suplicación interpuesto por el DEPARTAMENTO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de los de Bilbao de fecha 18/06/24, dictada en proceso sobre Asistencia sanitaria, y entablado por Emilia frente a DEPARTAMENTO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO .

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Garbiñe Biurrun Mancisidor, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"**PRIMERO.-** La demandante Emilia fue diagnosticada en julio de 2019 de un carcinoma ductal infiltrante de mama HER-2 positivo. Iniciando un tratamiento neoadyuvante en Basurto para posteriormente ser sometida el 23 de marzo de 2020 a una mastectomía radical modificada. Tras la intervención por Osakidetza se le pauta un tratamiento consistente en trastuzumab en monoterapia y e pertuzumab-trastuzumab.

Acudió la actora a la Clínica Universitaria de Navarra, como a los especialistas del IMQ, para solicitar una segunda y tercera opinión sobre el tratamiento adecuado y en todos ellos coincidieron que para el tipo de dolencia era posible el tratamiento coadyuvante TDM1 esto es Trastuzumab Emtansina (no financiado) como opción preferente respecto al tratamiento trastuzumab en monoterapia y e pertuzumab-trastuzumab que era el tratamiento financiado y se le había ofertado en Osakidetza.

SEGUNDO.- La actora acude al IMQ a realizar ese tratamiento propuesto y adecuado para el tipo de tumor que se inició y abono en la Clínica IMQ Zorrotzaurre. La trabajadora efectuó el tratamiento de 28.4.20 a 9.4.21 con un importe de 55.938,75 euros.

TERCERO.- Osakidetza, mediante el Acuerdo de 25 de febrero de 2021, del Consejo de Administración de Osakidetza, por el que se determinan las inversiones estratégicas y las adquisiciones de bienes y servicios de contratación corporativa y el programa de las compras integradas a realizar durante el ejercicio de 2021 acordó aprobar e incluir dentro de los tratamientos y medicamentos a comprar, el tratamiento realizado el "Trastuzumab Emtansina"(Kadcyla) para el tratamiento adyuvante del cáncer de mama precoz HER2-positivo, que en efecto, concluía que:

"Por todo lo anterior, y por la evidencia más sólida de beneficio, el tratamiento adyuvante con TDMI se considera una opción preferente respecto a trastuzumab en monoterapia y a pertuzumab-trastuzumab en pacientes con cáncer de mama precoz HER2- y enfermedad residual invasiva tras tratamiento neoadyuvante basado en taxano y una terapia dirigida a HER-2, siempre que el perfil de seguridad lo permita".

CUARTO.- El Ministerio de sanidad el 20.5.2021 publica un informe de posicionamiento terapéutico donde indica que este tratamiento es un tratamiento preferente, esta modificación es establecida el 28.4.2021, con

efectos para mayo de 2021- como tratamiento financiado- folio 42 del expediente. Tratamiento financiado por Osakidetza a partir de mayo de 2021

En el estudio de la sociedad española de oncología médica de 23 de marzo de 2014 se señala que el TDM1 Presenta beneficios a otros tratamientos- por aumento de la supervivencia libre de progresión de la enfermedad, por los índices de supervivencia global, efectos secundarios mejor tolerados y retraso significativo en la progresión de los síntomas **QUINTO.-** Interpuesta solicitud el 9.1.23, fue desestimada por resolución de 18.4.23 . interpuesta reclamación previa la misma fue desestimada por Resolución de 28.06 .2023."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"ESTIMAR la demanda presentada por D^a Emilia frente al DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO, CONDENANDO al mismo al abono a la actora de 55.938,75 euros por reintegro de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria llevada a cabo con el tratamiento TDM1."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado Sentencia en la que ha estimado la demanda dirigida por Dña. Emilia frente al DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO y ha condenado al mismo al abono a la actora de 55.938,75 euros por reintegro de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria llevada a cabo con el tratamiento TDM1.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD.

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social – en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación : **a)**- que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas; **b)**- que el error sea evidente; **c)**- que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto; **d)**- que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y **e)**- que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige –como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan “concluyente poder de convicción” o “decisivo valor probatorio” y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los siguientes extremos: a.- la modificación del hecho probado primero para darle la siguiente redacción alternativa:

“Acudió la actora a la Clínica Universitaria de Navarra, como a los especialistas del IMQ, para solicitar una segunda y tercera opinión sobre el tratamiento adecuado y en todos ellos coincidieron que para el tipo de dolencia era posible el tratamiento coadyuvante TDM1 esto es Trastuzumab Emtansina (no financiado) al tratamiento trastuzumab en monoterapia y e pertuzumab-trastuzumab que era el tratamiento financiado y se le había ofertado en Osakidetza.”.

Pretensión que basa en la alegación de no constar que el tratamiento TDM1 fuera opción preferente respecto del ofertado por OSAKIDETZA y con invocación de los documentos 1, 3 y 4 de la demanda.

Pretensión que se desestima.

En efecto, los documentos invocados, en lo que el propio recurso los transcribe parcialmente, nada reflejan sobre que el tratamiento fuera o no preferente y, por otra parte, lo cierto es que ello ha de conectarse con lo determinado en el hecho probado cuarto, no combatido en el recurso, que contiene lo siguiente:

“El Ministerio de sanidad el 20.5.2021 publica un informe de posicionamiento terapéutico donde indica que este tratamiento es un tratamiento preferente, esta modificación es establecida el 28.4.2021, con efectos para mayo de 2021- como tratamiento financiado folio 42 del expediente. Tratamiento financiado por Osakidetza a partir de mayo de 2021

En el estudio de la sociedad española de oncología médica de 23 de marzo de 2014 se señala que el TDM1 Presenta beneficios a otros tratamientos- por aumento de la supervivencia libre de progresión de la enfermedad, por los índices de supervivencia global, efectos secundarios mejor tolerados y retraso significativo en la progresión de los síntomas”.

En definitiva, no se estima la revisión instada, dado que, además, carece de relevancia para la resolución del recurso. b.- la modificación del hecho probado tercero para darle la siguiente redacción alternativa:

“Osakidetza, mediante el Acuerdo de 25 de febrero de 2021, del Consejo de Administración de Osakidetza, por el que se determinan las inversiones estratégicas y las adquisiciones de bienes y servicios de contratación corporativa y el programa de las compras integradas a realizar durante el ejercicio de 2021 acordó adquirir y comprar entre otros medicamentos y otros productos farmacéuticos relacionados en el Anexo III el “Trastuzumab Emtansina”.

Pretensión que se desestima.

En efecto, lo que OSAKIDETZA trata de dejar sentado, como explica en su recurso, es que, por más que hubiese adquirido tal producto farmacéutico por Acuerdo de la fecha indicada, ello no supone que desde dicha fecha ya se hubiera autorizado su dispensa, dado que no puede ser pautado ningún medicamento hasta ser aprobado por el Ministerio de Sanidad.

Así las cosas, lo cierto es que de la lectura integrada de los hechos probados tercero y cuarto ya queda absolutamente claro lo que se pretende modificar, tal como también se recoge con precisión en el Fundamento de Derecho Segundo, párrafo quinto, de la Sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, *“examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia”*, debiendo entenderse el término “norma” en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las “normas sustantivas”, en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcar también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 4.3 y 7 y siguientes RD 1030/2006 y 89 Ley 29/2006 y jurisprudencia que invoca. Argumenta, en esencia, la recurrente OSAKIDETZA en torno a la excepcionalidad del reembolso de gastos por asistencia sanitaria recibida fuera del Sistema Nacional de Salud; que no se puede dispensar un fármaco que no está autorizado por el Ministerio y que, no estando autorizado, no puede estar financiado, aunque el tratamiento tenga un efecto positivo, por lo que no es posible la solicitud de su reintegro; que la demandante realizó un tratamiento en la medicina privada, distinto al que se le ofrecía en la sanidad pública, siendo perfecta conocedora de que no contaba con financiación, puesto que la indicación para su financiación pública no fue aprobada por el Ministerio de Sanidad hasta el 28 de abril de 2021 para su inclusión en mayo de 2021, fecha para la cual la demandante ya había finalizado el tratamiento cuyo coste reclama; que no ha habido dejación de asistencia sanitaria, pues OSAKIDETZA la intervino para mastectomía y le estaba administrando radioterapia y tratamiento adyuvante – Trastuzumab -.

Recordemos ahora los hechos enjuiciados, tal como nos los proporciona la instancia, en relato que, aunque combatido por OSAKIDETZA, no ha sido alterado por esta Sala. Son los siguientes: la demandante fue diagnosticada en julio de 2019 de un carcinoma ductal infiltrante de mama HER-2 positivo, iniciando tratamiento neoadyuvante en Basurto para posteriormente ser sometida el 23 de marzo de 2020 a una mastectomía radical modificada; tras la intervención, realizada por OSAKIDETZA, se le pauta un tratamiento consistente en trastuzumab en monoterapia y e pertuzumab-trastuzumab; la demandante acudió a la Clínica Universitaria de Navarra y al IMQ para solicitar una segunda y tercera opinión sobre el tratamiento adecuado y en todos ellos coincidieron que para el tipo de dolencia era posible el tratamiento coadyuvante TDM1 esto es Trastuzumab Emtansina (no financiado) como opción preferente respecto al tratamiento trastuzumab en monoterapia y e pertuzumab-trastuzumab que era el tratamiento financiado y se le había ofertado en OSAKIDETZA; la demandante acudió al IMQ a realizar ese tratamiento propuesto y adecuado para el tipo de tumor que se inició y abono en la Clínica IMQ Zorrotzaurre, tratamiento que duró desde el 28 de abril de 2020 al 9 de abril de 2021, por un importe de 55.938,75 euros; mediante Acuerdo de 25 de febrero de 2021, del Consejo de Administración de Osakidetza, por el que se determinan las inversiones estratégicas y las adquisiciones de bienes y servicios de contratación corporativa y el programa de las compras integradas a realizar durante el ejercicio de 2021 acordó aprobar e incluir dentro de los tratamientos y medicamentos a comprar, el tratamiento realizado el "Trastuzumab Emtansina"(Kadcyla) para el tratamiento adyuvante del cáncer de mama precoz HER2-positivo, que en efecto, concluía que: "Por todo lo anterior, y por la evidencia más sólida de beneficio, el tratamiento adyuvante con TDMI se considera una opción preferente respecto a trastuzumab en monoterapia y a pertuzumab-trastuzumab en pacientes con cáncer de mama precoz HER2- y enfermedad residual invasiva tras tratamiento neoadyuvante basado en taxano y una terapia dirigida a HER-2, siempre que el perfil de seguridad lo permita", si bien no podía administrar tal tratamiento hasta su aprobación por el Ministerio de Sanidad; el Ministerio de Sanidad publicó el 20 de mayo de 2021 un informe de posicionamiento terapéutico donde indica que este tratamiento es preferente, lo que lleva a que el 28 de abril de 2021, con efectos de mayo siguientes, se incorpore como tratamiento financiado; en el estudio de la Sociedad española de oncología médica de 23 de marzo de 2014 se señala que el TDM1 presenta beneficios a otros tratamientos por aumento de la supervivencia libre de progresión de la enfermedad, por los índices de supervivencia global, efectos secundarios mejor tolerados y retraso significativo en la progresión de los síntomas; la demandante solicitó el reintegro de los gastos médicos el 9 de enero de 2023, siéndole desestimado el 18 de abril siguiente y siendo también desestimada su reclamación previa.

El derecho a la asistencia sanitaria del beneficiario de nuestro sistema público de seguridad social no incluye, como regla general, la cobertura de los gastos que haya tenido por recibir esa asistencia a través de medios distintos a los designados por él por la Entidad Gestora de la prestación (art. 17 de la Ley General de Sanidad, art. 102-3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2.065/1.974, de 30 de Mayo, y RD 1030/2006).

El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Su artículo 4.3 prevé lo siguiente: *"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 aquél. 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 aquél 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".*

Para poder comprender bien el alcance de ese derecho al reembolso se hace preciso, no obstante, enmarcarlo dentro del derecho más general que tiene el beneficiario de la seguridad social a recibir asistencia sanitaria. En tal sentido, es sustancial comprender que el sistema público de seguridad social no está obligado a dispensar cualquier tipo de tratamiento sanitario, sino sólo el expresamente previsto.

Conviene añadir a lo dicho que los Tribunales vienen a equiparar la denegación injustificada de asistencia o el error de diagnóstico a las situaciones de urgencia vital, por lo que la asistencia sanitaria privada habría de ser satisfecha por el servicio de salud público correspondiente, pero siempre limitándose a los gastos necesarios para obtener una correcta valoración del origen de las dolencias. Por otra parte, también conviene precisar que por urgencia vital entienden los Tribunales no sólo el peligro para la vida, sino también el riesgo para la integridad de órganos importantes o el deterioro en la integridad de la salud del paciente o por poner en peligro su curación definitiva; pero no basta que el tratamiento alternativo sea simplemente beneficioso o mejore sus expectativas de vida, ni es aplicable a aquellos supuestos en los que la intervención no es apremiante ni imprescindible. También se ha estimado el reintegro de gastos en los supuestos de demora excesiva en el tratamiento, unido a la urgencia del mismo o por carencia de instalaciones adecuadas.

Resumidamente, puede decirse que, salvo en situaciones de riesgo vital, no se reembolsarán los gastos de la asistencia sanitaria recibida fuera de los servicios públicos de salud y ello, una vez comprobado que no se pudieron utilizar de manera oportuna los servicios públicos y que la sanidad privada no se usó de manera desviada o abusiva.

Ha de recordarse en este sentido que la apreciación de la urgencia vital ha sido apreciada en la jurisprudencia y en la doctrina judicial en los siguientes supuestos: a) la existencia de una situación de riesgo extrema e intensa o peligro que dificulte la curación definitiva de la persona o provoque pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir, incluso si la lesión se halla en una zona periférica del cuerpo; b) que esta situación sea objetiva y esté contrastada; c) que el riesgo se haya producido de manera inesperada e imprevisible; d) que la actuación sanitaria sea perentoria y que no sea extremadamente dificultoso lograrla o médicamente desaconsejable o que la tardanza en obtenerla no ponga en peligro la vida o curación de la persona.

Por otra parte, el mismo RD precitado contempla en su artículo 5 los criterios y requisitos de la cartera de servicios comunes sanitarios, en los siguientes términos:

“1. Para la definición, detalle y actualización de la cartera de servicios comunes se tendrá en cuenta la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo, basándose en los criterios y requisitos establecidos en los apartados siguientes.

2. Previamente a su inclusión en la cartera, las técnicas, tecnologías o procedimientos que para su realización precisen utilizar un medicamento, producto sanitario, producto dietético u otro tipo de producto, resulta imprescindible que:

a) Los medicamentos estén autorizados para su comercialización de acuerdo con la legislación vigente, y se utilicen conforme a las especificaciones de su ficha técnica autorizada.

b) Los productos sanitarios, incluidos los implantes y los reactivos para diagnóstico «in vitro», cuenten con el marcado CE para la indicación de que se trate, así como los restantes requisitos que establece el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, y demás normativa de aplicación.

c) Los productos dietéticos hayan recibido resolución favorable de la autoridad competente como alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales, de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 10 del Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la Elaboración, Circulación y Comercio de Preparados Alimenticios para Regímenes Dietéticos y/o Especiales.

d) Otros productos sometidos a regulación específica cumplan la respectiva normativa vigente que les sea de aplicación.

3. Para ser incluidos como parte de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, las técnicas, tecnologías o procedimientos deberán reunir todos los requisitos siguientes:

a) Contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento.

b) Aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada, respecto a otras alternativas facilitadas actualmente.

c) *Cumplir las exigencias que establezca la legislación vigente en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos, productos sanitarios u otros productos.*"

Y, finalmente, en lo que interesa para resolver el presente recurso, ha de recordarse que su artículo 7, referido a la "Actualización de la cartera de servicios comunes", prevé lo siguiente:

"1. La cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, contenida en los anexos a este real decreto, se actualizará mediante orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

2. Para incorporar nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos a la cartera de servicios comunes o excluir los ya existentes, será necesaria su evaluación por el Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la agencia de evaluación de tecnologías sanitarias del Instituto de Salud Carlos III en colaboración con otros órganos evaluadores propuestos por las comunidades autónomas.

3. El procedimiento de evaluación para la actualización de la cartera de servicios comunes, se aplicará a las técnicas, tecnologías o procedimientos relevantes, que son aquellos que reúnen, al menos, una de las siguientes características:

a) Representar una aportación sustancialmente novedosa a la prevención, al diagnóstico, a la terapéutica, a la rehabilitación, a la mejora de la esperanza de vida o a la eliminación del dolor y el sufrimiento.

b) Ser nuevas indicaciones de equipos o productos ya existentes.

c) Requerir para su aplicación nuevos equipos específicos.

d) Modificar de modo significativo las formas o sistemas organizativos de atención a los pacientes.

e) Afectar a amplios sectores de población o a grupos de riesgo.

f) Suponer un impacto económico significativo en el Sistema Nacional de Salud.

g) Suponer un riesgo para los usuarios o profesionales sanitarios o el medio ambiente."

Así las cosas, el recurso va a ser desestimado.

Ciertamente, ya hemos reseñado más arriba los supuestos y requisitos para que proceda el reintegro de los gastos generados por la utilización de medios de la sanidad privada, siendo así que en el presente caso OSAKIDETZA no era una situación de urgencia vital que hubiera requerido de una actuación urgente ni se le había denegado la asistencia sanitaria precisa. Pero sí que ocurrió que el servicio público de salud le ofertó un tratamiento que, siendo adecuado y válido para su dolencia oncológica, tenía una alternativa preferente por varias razones que más arriba también se han expresado. Tratamiento que sí era ofertado en algunos centros sanitarios privados y que, si bien en el momento de recibirlo la demandante, no estaba incluido en el catálogo de servicios de la red sanitaria pública, lo fue en mayo de 2021 por el Ministerio de Sanidad, siendo incluso que ya desde febrero anterior OSAKIDETZA había adquirido este fármaco para proceder a dispensarlo cuando se aprobara su administración.

Y es en estos hechos donde hemos de poner el foco y subrayar los mismos desde el punto de vista de la interpretación jurisprudencial, siendo del todo acertada la invocación que hace la instancia de la STS de 17 de julio de 2007 – Rjud. 557/2006 -, dictada en Sala General, denegando el derecho al reintegro de gastos médicos por no apreciar que existiera la necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, dado el tiempo transcurrido entre el abandono del hospital público, donde al beneficiario se le habían detectado seis metástasis del cáncer pulmonar padecido, la personación en una clínica privada (dos días) y la subsiguiente intervención quirúrgica (ocho días). Sentencia que destaca que, en el caso enjuiciado, el beneficiario venía siendo atendido por los facultativos de la Seguridad Social, si bien en esta red pública no se disponía de la técnica ofrecida en la medicina privada, lo que lleva a desestimar la solicitud en razón a que la Seguridad Social no está obligada a prestar esa técnica más moderna y avanzada, porque no consta su aprobación por la Administración estatal ni tampoco su solvencia científica, seguridad y eficacia, tal y como requiere sensu contrario el art. 2.3 del RD 63/1995.

En lo que ahora interesa, la citada STS razona como sigue:

"(...) Por ello, en el presente caso el problema no es decidir sobre la existencia de urgencia vital, sino sobre el carácter debido, o no, de la asistencia solicitada, ya que, como el beneficiario venía recibiendo asistencia de la sanidad pública, donde no se disponía de la técnica que se le aplicó en la sanidad privada, la cuestión es determinar si la sanidad pública venía obligada a prestarle asistencia empleando esa técnica más moderna y avanzada. La respuesta debe ser negativa, pues, no consta que esa nueva técnica hubiese sido aprobada por la Administración Estatal, cual requieren el artículo 109 de la Ley 14/1986 y la Adicional Primera del Real

Decreto 63/95 , ni, lo que es peor, se ha acreditado la solvencia científica de esa nueva técnica, su seguridad y eficacia, en orden a la prevención, tratamiento o curación de la enfermedad, como era exigible, según se deriva de interpretar en sentido contrario el artículo 2-3 del Real Decreto 63/95 . La falta de acreditación de esos datos, así como del relativo a si esa técnica estaba disponible, o no, en los hospitales dependientes de otras Comunidades Autónomas, nos impide estimar que, conforme a los preceptos y jurisprudencia antes citados, estemos ante un caso de asistencia debida. No debemos olvidar que esta Sala en sentencias de 31 de octubre de 1.988, 13 de octubre de 1.994 (Rec. 1141/94), 20 de diciembre de 2001 (Rec. 1661/01) y 25 de marzo de 2004 (Rec. 1737/03), ha señalado, como se dice en la última sentencia citada, que "la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten".

Pues bien, en el caso que ahora se analiza, la técnica novedosa existía y era proporcionada en varios hospitales de redes sanitarias privadas y había sido estudiada por la Sociedad española de oncología médica ya desde 2014, apreciándose que el TDM1 presenta beneficios a otros tratamientos por aumento de la supervivencia libre de progresión de la enfermedad, por los índices de supervivencia global, efectos secundarios mejor tolerados y retraso significativo en la progresión de los síntomas.

Cierto es que ello no llevó al Ministerio de Sanidad a incluir tal fármaco y tratamiento en el catálogo público sino hasta mayo de 2021, cuando la demandante ya lo había finalizado – exactamente el mes anterior -, pero, siendo, como la instancia ya razona, un tratamiento beneficioso, lo que estaba suficientemente acreditado desde el punto de vista científico, y que se incluyó en las fechas indicadas, el recurso debe ser desestimado y confirmada la Sentencia de la instancia.

CUARTO.- No procede hacer declaración sobre costas por gozar la parte recurrente vencida del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y 2.d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD frente a la Sentencia de 18 de junio de 2024 del Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao, en autos nº 696/2023, confirmando la misma en su integridad.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.- Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

