

Roj: STS 3563/2011  
Id Cendoj: 28079140012011100338  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 741/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS x
- x INADMISIÓN POR FALTA DE CONTRADICCIÓN x
- x URGENCIA VITAL x
- x SERVICIOS DE SALUD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS x

**Resumen:**

RCUD. Reintegro de gastos médicos. Menor autista. Tratamiento específico realizado por entidad privada. Falta de tratamiento en la sanidad pública. Solicitud de reingro de gastos. Falta de contradicción.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el "SERVEI CATALÀ DE LA SALUT", representado por la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en fecha 12-enero-2010 (rollo 6406/2008 ), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 28-abril-2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona (autos 223/2008), en procedimiento seguido a instancia del menor Santos , representado por sus padres Doña Valentina y Don Juan Miguel contra el referido recurrente sobre REINTEGRO DE GASTOS.

Ha comparecido en concepto de recurrido el menor Santos , representado por sus padres Doña Valentina y Don Juan Miguel , y representado y defendido por el Letrado Don Marc Busquets Oliu.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina** ,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El día 12 de enero de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 6406/2008 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona en los autos nº 223/2008, seguido a instancia del menor Santos , representado por sus padres Doña Valentina y Don Juan Miguel contra el "Servei Català de la Salut", sobre reintegro de gastos. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, es del tenor literal siguiente: " *Que se estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por Valentina y Santos en representación de su hijo menor de edad Santos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 29 de los de Barcelona en fecha 28 de abril de 2008 , recayendo en autos 223/08 dirigidos contra el Servei Català de la Salut, en materia de resarcimiento de gastos de asistencia sanitaria, y, en consecuencia, se revoca la sentencia dictada. Se estima en parte la demanda y se declara el derecho del menor Santos a que el tratamiento recibido sea a cargo de la asistencia sanitaria pública, condenando al SCS al pago de los gastos abonados por los progenitores desde el día 01/09/2004 hasta la firmeza de la presente resolución* ".

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia, de fecha 28 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, contenía los siguientes hechos probados: *Primero.- Santos, nacido el 28.07.2000, sufre un trastorno generalizado del desarrollo no específico (autismo), rasgos específicos de síndrome de asperger, enfermedad de Köhler, diagnosticado a los 24, que cursa con retrasos en ámbitos como la comunicación y el lenguaje, con dificultades relacionales y comunicativas, dificultades en la motricidad gruesa y fina, déficits de atención, inmadurez, eneuresis, rasgos de hiperactividad y trastorno oposicionista desafiante (documental). Segundo.- El citado menor es visitado por neurólogo/psicólogo en Sant Joan de Deu, con visitas periódicas para observar su evolución (documental). Tercero.- Al margen del tratamiento conductual intensivo en el centro privado Centre Intervenció Psicològica EDUCA'M, con visitas (año 2006) de 22 horas mensuales en 8 sesiones, en 2 días por semanas, aplicándose el denominado método LOVAAS. En la actualidad acude 6 horas semanales. A resultados del tratamiento el menor ha experimentado progresos en la atención y el desarrollo de hábitos de conducta y de trabajo. Se encuentra integrado en una escuela ordinaria, cursando segundo de primaria (documental y pericial). Cuarto.- Con fecha 27/07/06 los padres y representantes del demandante presentaron escrito dirigido al INSS solicitando se reconociese su derecho 'a un tratamiento basado en el análisis aplicado de la conducta financiado por la Seguridad Social'. La solicitud fue derivada al Servei Català de la Salut, que contestó en fecha 9.10.2006 indicando que se estaban haciendo las gestiones necesarias para contestar al tema planteado. El Área de Servicios y Calidad de la citada entidad contestó en fecha 21.11.2006 que se había solicitado información sobre el particular a la Agencia d'Avaluació de Tecnologia i Recerca Mediques, transcribiendo las conclusiones alcanzadas por la expresada entidad (la consulta obra en autos y se tiene por reproducida). En marzo 2008 se emite una actualización de la consulta técnica sobre la eficacia y seguridad de la intervención conductual intensiva (LOOVAS) para el tratamiento del autismo. La parte demandante presentó nuevo escrito en fecha 13/03/07 solicitando el dictado de una resolución expresa, que no consta fuese dictada, presentándose un nuevo escrito el 02/11/07 en el que se reiteraba la solicitud del dictado de una resolución expresa (documental). Quinto.- El menor tiene una minusvalía reconocida por el ICASS de 40% (documental) ".*

En la sentencia de suplicación se sustituyen los hechos declarados probados segundo y tercero de la sentencia de instancia por los siguientes: " *Segundo.- Que Santos sigue un control psicoterapéutico común y genérico para cualquier patología de retraso mental no específico para el autismo en el servicio de psiquiatría del Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona, en el mencionado control los facultativos simplemente observan la evolución del menor sin aplicarle ningún tipo de tratamiento (folio 147 a 158). Tercero.- Al margen del control médico indicado en el hecho probado anterior, el menor sigue desde septiembre de 2004 un tratamiento conductual intensivo en el Centre Intervenció Psicològica EDUCA'M, con visitas (año 2006) de 22 horas mensuales en 8 sesiones, en 2 días por semana, aplicándose el denominado método LOVAAS. En la actualidad acude 6 horas semanales. Que dicho tratamiento se ha revelado como eficaz en la medida que desde su inicio y con una terapia intensiva el menor ha experimentado considerables progresos en la atención y el desarrollo de hábitos de conducta y de trabajo. Es por todo ello que Santos ha podido integrarse en una escuela ordinaria, y en la actualidad esta cursando segundo de primaria (folio 13 a 84 y 147 a 158) ."*

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " *Que desestimando la demanda interpuesta por Valentina, Santos, en representación de Santos, contra el Servei Català de la Salut, en reclamación de reconocimiento de derechos, debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de los pedimentos aducidos en su contra. Se tiene a la actora desistida de su demanda contra Instituto Nacional de la Seguridad Social* ".

**TERCERO.-** Por la Procuradora Doña Rosa Sorribes Calle, en representación del "Servei Català de la Salut", mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 10-diciembre-2004 (rollo 2028/2004). SEGUNDO.- Alega infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 16/2003. También alega infracción del art. 5.3 del Real Decreto 63/1995 de 20-enero.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida, para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Habiendo transcurrido el término concedido a la parte recurrida para que formalizara su impugnación sin que lo haya verificado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr.

Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 4 de mayo actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si los padres de un menor autista tienen derecho a que se les reintegre por el Servicio público de salud correspondiente los gastos ocasionados por el tratamiento seguido en una fundación privada donde se aplica un determinado tratamiento, consistente en un concreto método que no está recogido en el catálogo de prestaciones de la seguridad social, cuando por la sanidad pública no se ofrece tratamiento o el ofrecido no es adecuado y puede afectar de forma decisiva al crecimiento físico y mental del menor.

**SEGUNDO.- 1.-** La sentencia ahora recurrida ( STSJ/Catalunya 12-enero-2010 -rollo 6406/2008 , revocatoria de la de instancia dictada por el JS/Barcelona nº 29 28-abril-2008 -autos 223/2008), estima en parte el recurso de suplicación formulado por el beneficiario y declara el derecho del menor autista a que el tratamiento recibido sea a cargo de la asistencia sanitaria pública, condenando al organismo público gestor al pago de los gastos abonados por los progenitores desde el día 1-septiembre-2004 hasta la firmeza de la sentencia, sin dar lugar a la condena de futuro también pretendida.

**2.-** De los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, con la adición a los mismos efectuada en suplicación, resulta acreditado que: **a)** el menor, " nacido el 28-julio-2000 , *sufre un trastorno generalizado del desarrollo no específico (autismo), rasgos específicos de síndrome de asperger, enfermedad de Köhler, diagnosticado a los 24 meses, que cursa con retrasos en ámbitos como la comunicación y el lenguaje, con dificultades relacionales y comunicativas, dificultades en la motricidad gruesa y fina, déficits de atención, inmadurez, enuresis, rasgos de hiperactividad y trastorno oposicionista desafiante* "; **b)** El citado menor " *sigue un control psicoterapéutico común y genérico para cualquier patología de retraso mental no específico para el autismo en el servicio de psiquiatría del Hospital ... [público], en el mencionado control los facultativos simplemente observan la evolución del menor sin aplicarle ningún tipo de tratamiento* " (hecho añadido en suplicación); **c)** Al margen del control médico anteriormente indicado, " *el menor sigue desde septiembre de 2004 un tratamiento conductual intensivo en el Centre ... [privado], con visitas (año 2006) de 22 horas mensuales en 8 sesiones, en 2 días por semana, aplicándose el denominado método Loovas. En la actualidad acude 6 horas semanales. Que dicho tratamiento se ha revelado como eficaz en la medida que desde su inicio y con una terapia intensiva el menor ha experimentado considerables progresos en la atención y el desarrollo de hábitos de conducta y de trabajo. Es por todo ello que ... [el menor] ha podido integrarse en una escuela ordinaria, y en la actualidad esta cursando segundo de primaria* " (hecho añadido en suplicación); y **d)** habiendo formulado sucesivas peticiones para que se reconociera el derecho al citada tratamiento sin haber obtenido resolución expresa.

**3.-** Se razona, en esencia, en la sentencia recurrida que al menor que sufre una grave enfermedad no se le está realizando tratamiento por la sanidad pública, con grave afectación vital para su salud y crecimiento psíquico; que " *El concepto de urgencia vital si bien es cierto que no puede quedar al criterio de los asegurados o beneficiarios, sin embargo es evidente que ha de conectarse con el caso concreto (...) la expresión urgencia vital no debe limitarse a cuando se halle en peligro la propia existencia sino también cuando esa premura influya en algún daño irreparable a la integridad física y siempre que exista imposibilidad de resolverlo con la misma urgencia por los servicios que a tal fin tiene establecidos la Entidad Gestora* "; que " *nos encontramos ante un trastorno cuya precoz detección e intensivo tratamiento condicionará su definitiva evolución en términos tales que pueden determinar su inserción en la sociedad, corrigiendo hasta el límite de lo (medicamento posible) aquellas disfunciones que repercuten en su deseable desarrollo infantil y en la consecuente mejora de su calidad vital* "; así como que " *el art. 7.5 del Anexo II del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre , por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización incluye -dentro de su cartera de servicios- el #Diagnóstico y tratamiento de los trastornos psicopatológicos de la infancia/adolescencia, incluida la atención a los niños con psicosis, autismo y con trastornos de conducta en general y alimentaria en particular (anorexia/bulimia), comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones psicoterapéuticas en hospital de día, la hospitalización cuando se precise y el refuerzo de las conductas saludables#* " y que " *sólo desde la #eficacia# exigible a una determinada terapia (que por definición tiene como designio el tratamiento curativo -o, al menos, paliativo- de los efectos morbosos de una determinada patología) podrá considerarse la efectividad del #derecho a la protección de la salud# que el art. 43 de la CE atribuye a los poderes públicos ... a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*", a las que el Preámbulo del Real Decreto se refiere al reconocer la necesidad de *#adequarse a los avances tecnológicos y a las necesidades cambiantes de la población# que deberá beneficiarse de #los avances científicos y tecnológicos... #*" y que esta es la " *Norma que en su espíritu y finalidad vulnera el Servicio Público de Salud al ofrecer al usuario un tratamiento que los hechos y las propias indicaciones de*

*sus #operadores# revelan ineficaz a los fines de mejorar (como así ha ocurrido y de forma notoria) la calidad de vida del menor afectado ". Concluyendo que concurren los requisitos del art. 102.3 de la Ley de Seguridad Social de 1974 y del art. 5.3 del Real Decreto 63/1995 de 20 -enero (asistencia urgente y de carácter vital), pues el tratamiento que se ofrece por la sanidad pública al enfermo no es adecuado (consistente en un mero control pues " los facultativos simplemente observan la evolución del menor sin aplicarle ningún tipo de tratamiento ") y puede afectar de forma decisiva al crecimiento físico y mental del menor.*

**TERCERO.- 1.-** En la sentencia invocada por el organismo gestor como de contraste ( STSJ/Catalunya 10-diciembre-2004 -rollo 2028/2004 ) se desestima, por el contrario, el recurso de suplicación formulado por la parte actora contra la sentencia absolutoria de instancia, denegando el reintegro de los gastos abonados por el tratamiento seguido por su hijo autista en la misma fundación privada y con el mismo método terapéutico, a pesar de que el menor había experimentado mejoras, figurando expresamente en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia que en el centro concertado con la sanidad pública " *el tratamiento que venía siguiendo, denominado de estimulación precoz, según el Especialista responsable ... #podría ser precario para el menor ..., pero tampoco la familia solicitó opinión o consejo al respecto #*", los que en dicho extremo no fueron modificados en suplicación, a pesar de la petición de la parte recurrente que pretendía se concretara que " *el paciente no siguió tratamiento de estimulación precoz alguno en el ... [centro concertado] sino simplemente un tratamiento psicoterapéutico común y genérico para cualquier patología de retraso mental no es específico para el autismo "*. Razonándose que no existía base legal para el reintegro pues, en lo esencial, por una parte, los padres no recabaron la actuación de la Administración (tampoco a través del especialista que venía tratando al menor) respecto del tratamiento en el que pusieron sus esperanzas y con éxito y, por otra parte, que " *esta actuación de los padres, indudablemente lógica bajo el punto de vista personal, no justifica el abono por el ICS de los gastos médicos, cuando no se acredita que el tratamiento realizado en el Consorcio ... no fuera el adecuado, de ahí que no haya existido ... una denegación injustificada "*.

**2.-** De lo expuesto se deduce que no concurre el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL ) para viabilizar el presente recurso de casación unificadora, pues, como mínimo, concurre una divergencia esencial entre los hechos probados en que se fundamentan las sentencias objeto de comparación que impide la existencia de aquélla. En efecto, en la sentencia de contraste consta que por parte de la sanidad pública, a través de un centro concertado, se efectuaba al menor autista un tratamiento específico, denominado de estimulación precoz, que aunque posiblemente mejorable de haberse puesto de manifiesto sus probables carencias, no se acredita que el referido tratamiento realizado no fuera el adecuado; por el contrario, en la sentencia recurrida, realmente no se efectuaba tratamiento alguno, pues, como se deduce de la misma, lo único que se efectuaba por la sanidad pública era un mero control de la evolución del estado del menor autista ya que " *los facultativos simplemente observan la evolución del menor sin aplicarle ningún tipo de tratamiento "*.

**CUARTO.-** En atención a las precedentes consideraciones, entendemos que el recurso formulado no cumple con la exigencia de contradicción y que bien pudiera haber sido inadmitido conforme a las prevenciones del art. 223.2 LPL ; motivos de inadmisión que se transforman en causa de desestimación en el presente momento procesal, sin efectuar pronunciamiento sobre costas (art. 233.1 LPL ).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el "SERVEI CATALÀ DE LA SALUT" contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en fecha 12-enero-2010 (rollo 6406/2008 ), recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 28-abril-2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona (autos 223/2008), en procedimiento seguido a instancia del menor Santos , representado por sus padres Doña Valentina y Don Juan Miguel contra el referido recurrente. Confirmamos la sentencia impugnada; sin imposición de costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo.

Sr. Magistrado D. **Fernando Salinas Molina** hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.