



Roj: **STSJ M 1956/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:1956**

Id Cendoj: **28079340012023100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2023**

Nº de Recurso: **869/2022**

Nº de Resolución: **161/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG: 28.079.00.4-2021/0030461

Procedimiento Recurso de Suplicación 869/2022

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid Seguridad social 382/2021

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 869/22

Sentencia número: 161/23

G.

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER

Ilmo. Sr. D. EMILIO PALOMO BALDA

Ilma. Sra. D^a. M^a LUISA SEGURA RODRÍGUEZ

En la Villa de Madrid, a diecisiete de febrero de dos mil veintitrés, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 869/22 formalizado por D^a. Nieves contra la sentencia de fecha diecisiete de mayo de dos mil veintidós, dictada por el Juzgado de lo Social número 37 de Madrid, en sus autos número 382/21, seguidos a instancia de la recurrente frente al SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS),



INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación por seguridad social, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- La demandante, nacida el NUM000 /1965, cuyos datos de identificación constan en la demanda, de género masculino inicialmente, fue incluida en el Programa de Trsexualidad de la Unidad de Trastornos de Identidad de Género de Hospital Universitario Ramón y Cajal en Abril en el año 2005, unidad que desarrolla un equipo multidisciplinar siguiendo los protocolos internacionales sobre disforia de género. Tras haber sido evaluada en el servicio de psicología clínica se descarta psicopatología asociada o trastorno de personalidad que pudiera influir de forma determinante en la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida o sexo psicosocial. Esa disonancia era estable y persistente por lo que se diagnosticó como disforia de género y en su caso como transexualidad femenina siendo sometida a tratamiento hormonal con estrógenos y antiandrógenos para acomodar sus características físicas al sexo sentido estando en seguimiento clínico desde ese momento. La paciente estuvo controlada mediante revisiones periódicas, clínicas y analíticas produciéndose cambios morfológicos hacia el sexo femenino siendo satisfactorios los cambios concluyéndose en esa unidad que el proceso de reasignación de sexo podría completarse con la cirugía de reasignación sexual.

SEGUNDO.- El día 1/9/2008 ingresó para cirugía programada constatándose que presentaba ausencia de controles recientes de carga viral (padece patología crónica VIH desde 1987) con lo que el equipo médico de cirugía plástica, estética y reparadora decidió suspender la intervención por falta de control de carga viral con la siguiente recomendación: realizar control de carga viral y acudir a consulta externa con el resultado en mano.

TERCERO.- A petición de la demandante, el 5/11/2010 el coordinador de la unidad de identidad de género de la Comunidad de Madrid emitió informe en el que consta que por padecer patología crónica por infección VIH se desaconseja la cirugía de reasignación de sexo.

CUARTO.- La actora acudió a la medicina privada para realizar la intervención que le fue practicada en la Clínica Fuensanta el 24/11/2019. En la fecha actual no se han producido complicaciones El coste total de la intervención ascendió a 4.250 euros según resulta de la documental obrante a los folios 58 a 66 que se da por reproducida.

QUINTO.- Presentó solicitud de reintegro de gastos médicos el 11/3/2020 que le fue denegada por resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid el 11/9/2020

SEXTO.- Se interpuso reclamación previa el 21/10/2020 que fue desestimada, previa emisión de informe y propuesta de resolución de fecha 24/8/2020 por la Inspección Técnica del servicio sanitario, el 20/11/2020.

SÉPTIMO.- La actora interpuso demanda el 3/4/2021."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

" Que DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por DOÑA Nieves frente al SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS) ABSUELVO a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 11 de julio de 2022 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se señaló el día 15 de febrero de 2023 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.



A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión a resolver en esta sede consiste en determinar si la actora tiene derecho a ser reintegrada por el SERMAS de los gastos por ella sufragados a consecuencia de la intervención que le fue practicada por la medicina privada el 24-11-19, a lo que la sentencia de instancia ha dado una respuesta desfavorable a sus intereses, básicamente por considerar no se dan los presupuestos legales de la urgencia vital, dado que los servicios médicos de la sanidad pública rechazaron en el año 2008 la intervención previamente autorizada, por entender que no era aconsejable en atención a la patología de VIH que la actora padece desde el año 1987, por los riesgos que, según su criterio, podrían existir con complicaciones posteriores, y la actora, asumiendo ese riesgo que se le explica, decide acudir 11 años después a la sanidad privada, no procediendo que el servicio público de salud asuma el gasto puesto que no se trataba de una situación de urgencia que conforme a la normativa implique la asunción del gasto por la sanidad pública.

SEGUNDO.- Disconforme con la sentencia de instancia la actora recurre en suplicación desplegando un primer motivo por el cauce del apartado b) del artículo 193 LRJS, a fin de adicionar al hecho probado tercero este texto:

"A petición de la demandante, el 2/10/2012 el Dr. Enrique, Psicólogo Clínico de la Unidad de Identidad de Género de la Comunidad de Madrid del Hospital Universitario Ramón y Cajal emitió informe en el que se expone:

...c) Canalizada al Servicio de Cirugía Plástica de la UTIG, en el Hospital La Paz.... Se concluyo..., que la paciente no era susceptible de ninguna cirugía de reasignación de sexo por problemas graves de salud, que desaconsejaban totalmente dicha intervención.

d) Ante ello la paciente presenta una gran ansiedad así como depresión, al tener que usar un nombre de mujer sin poder acceder a la cirugía de reasignación de sexo y mantener sus genitales de hombre. Como consecuencia de la inseguridad que le produce esta disonancia hace vida de varón y evita utilizar su nombre femenino.

e) Los actuales problemas psicológicos se verían grandemente mitigados si pudiese tener una consonancia entre su nombre y sus características morfológicas".

Justifica la revisión por adición en el documento nº 5 de su ramo de prueba, no impugnando de contrario, y que, a su juicio, es trascendente, en tanto que al amparo del artículo 18 del Decreto 2766/1967 se admite el reintegro de gastos en el supuesto de negativa injustificada del sistema público a la asistencia médica, debiéndose asimilar la tardanza desproporcionada a esta negativa injustificada, lo que en el vigente Real Decreto 63/1995 se reitera en el art. 5 siempre que la utilización de servicios ajenos no se considere desviada o abusiva, constituyendo la denegación injustificada un incumplimiento contractual.

La Sala no tiene inconveniente en acoger el motivo por así desprenderse de modo fiel, indubitado y fehaciente del documento que lo sustenta, eso sí, sin perjuicio de la valoración que nos merezca desde el punto de vista estrictamente jurídico.

TERCERO.- En sede del Derecho aplicado el segundo motivo, con correcto amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS, denuncia infracción del artículo 5 del Real Decreto 63/1995, en relación con el art. 102.3 de la LGSS/1974, a cuyo tenor: *"las Entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen"*, y Decreto 2766/1967, art. 18, que admite el reintegro de gastos en el supuesto de negativa injustificada del sistema público a la asistencia médica, debiéndose asimilar la tardanza desproporcionada a esta negativa injustificada, lo que en el vigente Real Decreto 63/1995 se reitera en el art. 5 siempre que la utilización de servicios ajenos no se considere desviada o abusiva, constituyendo la denegación injustificada un incumplimiento contractual.

Además, continúa diciendo, el art.4 b) de la Ley 26/2003, previene -al enumerar los derechos de los usuarios del sistema sanitario público- el de *"recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo, en los términos del art. 25"*. Por su parte, este último precepto se refiere a las garantías temporales que deben presidir la atención sanitaria demandada, disponiendo que las comunidades autónomas deberán fijar los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de unos "criterios-marco" establecidos para el conjunto del Sistema Nacional de Salud por el seno del Consejo Interterritorial.

En su opinión, y en el supuesto presente, ha recibido desde 2002 asistencia sanitaria en el tratamiento de su comportamiento transexual, realizándose el diagnóstico diferencial y recibiendo el correspondiente tratamiento hormonal por la Unidad de Trastornos de Identidad Sexual; la expresada Unidad autorizó asimismo la intervención quirúrgica de reasignación de sexo demandada por la paciente en 2008, y, sin embargo,



posteriormente, se cancela dicha intervención sin causa justificada, a pesar de la posteriormente constatada idoneidad de la paciente y existencia de posibilidades razonables de éxito de la cirugía pretendida.

Por lo que, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, y en particular la edad de la actora, y el tiempo transcurrido desde que se inició el tratamiento y la falta de una respuesta coherente del Servicio Madrileño de Salud a la reasignación acordada en su día, no se puede sino concluir, a su parecer, que tiene derecho al reintegro de los gastos médicos que se han ocasionado por tardanza intempestiva e injustificada, pues lo contrario supondría una discriminación en el tratamiento de una patología médicamente atendible, y una abusiva tardanza en una prestación legalmente exigible, conducta que sería discriminatoria.

Y, sobre el concepto de "urgencia vital", agrega, siendo dos las acepciones que el término "vital" tiene en el DRAE ("perteneciente o relativo a la vida"; y "de suma importancia o trascendencia"), se ha de interpretar en nuestro caso como la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Conclusión esta que se impone, pues si el artículo 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero hubiera querido restringir los supuestos a los propios del peligro inminente de muerte, así lo hubiera indicado expresamente, de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la "suma importancia o trascendencia", indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes (entre los que incluir los genitales); máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE) " *no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa*".

Concluye afirmando que si bien es cierto para acudir a centro distinto de los de la sanidad pública es necesario que la posible asignación de los centros privados sea efectuada por quien tenga competencia suficiente para ello, la Administración Sanitaria, de todas formas no cabe desconocer que en la materia que tratamos ha de valorarse en todo caso la buena fe, que impone -son palabras de la STS 30/04/87, dictada también en supuesto de reintegro de gastos médicos- " *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*". Y viene esto a colación, termina su alegato, en relación a los hechos manifestados, según los cuales la demandante, después de haber sido tratada y diagnosticada, e incluso agendada su intervención, a última hora se decide por los Servicios Médicos cancelar dicha intervención, provocando en ella una profunda depresión, que una vez superada y siguiendo tratada en Endocrinología por el Dr. Fidel y el Dr. Genaro, le aconsejan ante la negativa del Servicio Madrileño de Salud la intervención a través de Servicios Médicos Privados.

CUARTO.- En el siguiente motivo, el tercero, íntimamente relacionado con el anterior, denuncia infracción del art. 14 de la Constitución Española, defendiendo que el derecho a la no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, junto a la inclusión dentro del catálogo de prestaciones reconocidas por el Servicio Madrileño de Salud, garantiza la protección por el sistema público de salud de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al asignado en su nacimiento, y previo el cumplimiento de los requisitos administrativos de la reasignación, dentro de los límites presupuestarios, a recibir de la Administración una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole.

Señala a continuación en los Trastornos de Identidad de Género (TIG) hay una disociación entre el sexo genérico, gonadal y fenotípico y el sexo psicológico o identidad de género. El grado de incongruencia entre la identidad sexual y el sexo de nacimiento varía de unos individuos a otros, siendo la transexualidad el caso extremo y el que se considera debe ser atendido en un Centro, Servicio o Unidad de Referencia. Nos encontramos, en definitiva, ante una técnica terapéutica incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de la Salud.

Y termina afirmando que con capacidad suficiente y en libertad plena, desea con carácter persistente modificar mediante métodos hormonales y quirúrgicos el propio cuerpo, sin que sea un derecho secundario a una anomalía cromosómica o mental, y con perfecta conciencia de los riesgos y consecuencias.

QUINTO.- Se ha opuesto al recurso el SERMAS exponiendo, en esencia, de acuerdo con el art. 4.3 del RD 1030/2006, son necesarios cuatro requisitos para que proceda el reintegro de gastos:

- Que se trate de una urgencia inmediata.
- Que se trate de una urgencia de carácter vital.
- Justificación de que no se pudieron utilizar los medios del Sistema Nacional de Salud.
- Que no exista una utilización desviada o abusiva de esta excepción.



Por lo tanto, para que proceda el reintegro de gastos, es necesario que se cumplan todos y cada uno de estos requisitos.

En este caso, y a su juicio, después de recordar la jurisprudencia sobre el particular, es claro que no se cumple con el requisito de que se trate de una urgencia inmediata y vital, toda vez que la mamoplastia se planteó por primera vez en 2008, siendo cancelada por las razones expuestas en el Informe Médico de 1 de enero de 2008, es decir, hace más de trece años.

SEXTO.- Los hechos declarados probados, reflejados con claridad y detalle por la sentencia recurrida, nos dan cuenta de los siguientes extremos relevantes para la resolución del caso:

1.- La demandante, nacida el NUM000 /1965, cuyos datos de identificación constan en la demanda, de género masculino inicialmente, fue incluida en el Programa de Trasexualidad de la Unidad de Trastornos de Identidad de Género de Hospital Universitario Ramón y Cajal en abril en el año 2005, unidad que desarrolla un equipo multidisciplinar siguiendo los protocolos internacionales sobre disforia de género.

2.- Tras haber sido evaluada en el servicio de psicología clínica se descarta psicopatología asociada o trastorno de personalidad que pudiera influir de forma determinante en la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida o sexo psicossocial. Esa disonancia era estable y persistente por lo que se diagnosticó como disforia de género y en su caso como transexualidad femenina siendo sometida a tratamiento hormonal con estrógenos y antiandrógenos para acomodar sus características físicas al sexo sentido estando en seguimiento clínico desde ese momento.

3.- La paciente estuvo controlada mediante revisiones periódicas, clínicas y analíticas produciéndose cambios morfológicos hacia el sexo femenino siendo satisfactorios los cambios concluyéndose en esa unidad que el proceso de reasignación de sexo podría completarse con la cirugía de reasignación sexual.

4.- El día 1/9/2008 ingresó para cirugía programada constatándose que presentaba ausencia de controles recientes de carga viral (padece patología crónica VIH desde 1987) con lo que el equipo médico de cirugía plástica, estética y reparadora decidió suspender la intervención por falta de control de carga viral con la siguiente recomendación: realizar control de carga viral y acudir a consulta externa con el resultado en mano.

5.- A petición de la demandante, el 5/11/2010, el coordinador de la unidad de identidad de género de la Comunidad de Madrid emitió informe en el que consta que por padecer patología crónica por infección VIH se desaconseja la cirugía de reasignación de sexo.

6.- La actora acudió a la medicina privada para realizar la intervención que le fue practicada en la Clínica Fuensanta el 24/11/2019. En la fecha actual no se han producido complicaciones. El coste total de la intervención ascendió a 4.250 euros.

7.- A petición de la demandante, el 2/10/2012 el Dr. Enrique , Psicólogo Clínico de la Unidad de Identidad de Género de la Comunidad de Madrid del Hospital Universitario Ramón y Cajal, emitió informe en el que se expone:

" c) Canalizada al Servicio de Cirugía Plástica de la UTIG, en el Hospital La Paz.... Se concluyo..., que la paciente no era susceptible de ninguna cirugía de reasignación de sexo por problemas graves de salud, que desaconsejaban totalmente dicha intervención.

d) Ante ello la paciente presenta una gran ansiedad así como depresión, al tener que usar un nombre de mujer sin poder acceder a la cirugía de reasignación de sexo y mantener sus genitales de hombre. Como consecuencia de la inseguridad que le produce esta disonancia hace vida de varón y evita utilizar su nombre femenino.

e) Los actuales problemas psicológicos se verían grandemente mitigados si pudiese tener una consonancia entre su nombre y sus características morfológicas".

SEPTIMO.- No se nos oculta, y a un nivel general, las personas transexuales pueden ser objeto de innumerables situaciones de discriminación social, sanitaria y jurídica, y pese a los avances legislativos siguen siendo un colectivo vulnerable que precisa de una protección jurídica y sanitaria. Por ello, y a nivel doctrinal, se ha abogado por realizar una revisión legislativa del sistema sanitario español para conocer las prestaciones y los servicios destinados a la atención de la población transexual. En España, la descentralización territorial, la carencia de una normativa estatal y la escasez de Unidades de Identidad de Género provocan una injerencia en la libre autodeterminación de la identidad de género, así como situaciones de desigualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias, dependiendo en qué Comunidad Autónoma se resida. En base a lo anterior, se presenta la necesidad de defender una reformulación jurídica y sanitaria que contemple múltiples formas de expresión de género, alejándose así de la visión reduccionista de la corporalidad y la genitalidad.



OCTAVO.- El Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, no incluye pero tampoco excluye explícitamente el tratamiento de la que se ha venido en denominar disforia de género, en la última revisión del DSM (DSM-5), aprobado en diciembre de 2012 y publicado en España en octubre de 2013, modificando la terminología contenida en el DSM 4 de Trastorno de Identidad de Género.

El artículo 4.3 del R.D. 1030/2006 de 15 de septiembre, dispone que " *la asistencia sanitaria será facilitada únicamente por los centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios públicos de referencia*".

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 7.1 señala que:

" *El catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de la Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención ... el catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a la Salud pública, atención primaria, atención especializada, atención socio sanitaria, atención de urgencias ...*", añadiendo en el artículo 20 que "1.- *La cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante las que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.- 2.- En el seno del Consejo Interterritorial se acordará la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones al que se refiere el artículo 7 de esta Ley, que se aprobará mediante Real Decreto. Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de servicios del Sistema Nacional de la Salud. En la elaboración de las carteras de servicios se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo*". Por su parte el artículo 10.2, dispone que *la suficiencia para la financiación de las prestaciones y de las garantías establecidas en la Ley viene determinada por los recursos asignados a las Comunidades Autónomas, añadiendo en el número 3 que "De acuerdo con el apartado anterior, la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se acompañará de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer". Lo que viene a evidenciar que por, elementales razones de índole económica y de efectividad terapéutica en cada momento solo se podrá facilitar las prestaciones médicas que se hallen previamente catalogadas*".

Esta norma se ha desarrollado por el Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que como se ha dicho no incluye pero tampoco excluye explícitamente el tratamiento de la que se ha venido en denominar disforia de género, en la última revisión del DSM (DSM-5), aprobado en diciembre de 2012 y publicado en España en octubre de 2013, modificando la terminología contenida en el DSM 4 de Trastorno de Identidad de Género.

NOVENO.- Son cuatro los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público. Dos de ellos positivos, cuales son que se trate de urgencia inmediata y que sea de carácter vital; y dos negativos, consistentes en que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción (en tal sentido, SSTS 20/10/03 -rcud 3043/02-; y 19/12/03 -rcud 62/03, y 04/0707- rcud 2215/2006.

Sobre el concepto de "urgencia vital", el órgano de casación social ha señalado que siendo dos acepciones que el término "vital" tiene en el DRAE ["perteneiente o relativo a la vida"; y "de suma importancia o trascendencia"], el problema interpretativo que presenta el art. 5 RD 63/1995 consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluir la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Conclusión esta última que es la que se impone, pues si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los propios de la primera acepción, así lo hubiera indicado [por ejemplo, con la expresión "peligro inminente de muerte"], de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la segunda de las acepciones ["suma importancia o trascendencia"], indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes, máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud [art. 43.1 CE] "no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa" (STS 20/10/03 -rcud 3043/02).

La asistencia urgente a estos efectos se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social,



al tratarse de " *la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado*" (STS de 25/10/99 -rcud 760/99-, con cita de los precedentes de 25/09/86, 31/10/88, 13/10/94 -rec. 1141/94-, 30/11/94 -rec. 293/94-, 08/02/95 -rec. 2392/94-, 21/12/95 -rec. 1967/95-, 08/03/96 -rec. 2637/95- y 07/10/96 -rec. 109/96-; doctrina recordada en el voto particular de la STS 20/10/03 -rcud 3043/02);pero no es menos cierto que se presenta de todo razonable asimilar a tales supuestos aquellos otros en los que -mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado- la imposibilidad de atención por la Medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias [las llamadas "listas de espera"], obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado "en un plazo justificable desde el punto de vista médico", " *habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad*" (en tal sentido, la STJCE 2006/141 -Asunto Watts, de 16/Mayo-, remitiendo al art. 20 del Reglamento CE 83/2004).

DÉCIMO.- Situado el debate en los términos que anteceden la Sala confluye con los criterios de la sentencia de instancia, pues no estamos ante una denegación o demora injustificada de la asistencia sanitaria por el SERMAS, prueba de ello es que la actora fue incluida en el Programa de Transexualidad de la Unidad de Trastornos de Identidad de Género del Hospital Universitario Ramón y Cajal en abril del año 2005, unidad que desarrolla un equipo multidisciplinar siguiendo los protocolos internacionales sobre disforia de género; y, tras haber sido evaluada en el servicio de psicología clínica, se descarta psicopatología asociada o trastorno de personalidad que pudiera influir de forma determinante en la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida o sexo psicossocial. Esa disonancia era estable y persistente por lo que se diagnosticó como disforia de género y en su caso como transexualidad femenina , siendo sometida a tratamiento hormonal con estrógenos y antiandrógenos para acomodar sus características físicas al sexo sentido estando en seguimiento clínico desde ese momento.

UNDÉCIMO.- Sin embargo, lo que acontece en el caso actual, es que, en el curso del tratamiento dispensando por la medicina pública, se planteó en el año 2008 la mamoplastia, remitiéndose a tal efecto al servicio de cirugía plástica, estética y reparadora que el mismo día de ingreso para la intervención, el 1/9/2008, decidió suspenderla por una causa justificada: por ausencia de controles recientes de carga viral (padece patología crónica VIH desde 1987) con lo que el equipo médico de cirugía plástica, estética y reparadora decidió suspender la intervención por falta de control de carga viral, con la siguiente recomendación: realizar control de carga viral y acudir a consulta externa con el resultado en mano. Tan es así que, a petición de la demandante, el 5/11/2010 el coordinador de la unidad de identidad de género de la Comunidad de Madrid emitió informe en el que, por padecer patología crónica por infección VIH, se desaconseja la cirugía de reasignación de sexo, por los riesgos que podrían existir con complicaciones posteriores, pese a lo cual la actora, asumiendo ese riesgo, sin contar con la autorización del SERMAS, decide acudir 11 años después a la sanidad privada, no procediendo que el servicio público de salud asuma el gasto puesto que no se trataba de una situación de urgencia que conforme a la normativa de referencia citada implique la asunción del gasto por la sanidad pública. Ciertamente no estamos en el caso de una urgencia inmediata y vital, toda vez que la mamoplastia se planteó por primera vez en 2008, siendo cancelada por las razones expuestas en el Informe Médico de 1 de enero de 2008, es decir, hace más de trece años. EL SERMAS no le deniega la asistencia ni la intervención, sino que la suspende y condiciona su práctica a que la actora realizase control de carga viral y acudiese a consulta externa con el resultado en mano, lo que resulta plenamente proporcionado y razonable. Consecuentemente, si la actora decide voluntariamente apartarse de estas indicaciones y no someterse así a esos controles que permitieran al SERMAS practicar la intervención sin riesgos y con plenas garantías, acudiendo por voluntad propia a la medicina privada, no se da el supuesto que habilite el reintegro de gastos sanitarios ni se ha infringido la normativa denunciada. El SERMAS no se ha negado a una atención integral y adecuada a sus necesidades, lo que conduce a desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas (art. 235 LRJS).

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación nº 869/22 interpuesto por Doña Nieves frente a sentencia del Juzgado de lo Social nº 37 de los de Madrid de 17 de mayo de 2022, en sus autos nº 382/2021, seguidos por la recurrente contra el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS), INSS y TGSS, ratificando la sentencia recurrida.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00- 0869-22 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2826- 0000-00- 0869-22.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala (art. 230/2 de la LRJS).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.