

Resumen

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el IMSALUD contra sentencia que le condenó al reintegro de los gastos médicos ocasionados por la operación quirúrgica de cambio de sexo de la actora. Manifiesta la Sala que los casos, como el de autos, de diagnóstico de transexualismo por trastorno de la identidad sexual, no pueden incluirse en la excepción que contempla el RD 63/1995, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de la Salud, que no considera financiable con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria “la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos”, siendo que la sentencia combatida estima probado que estamos ante un diagnóstico de transexualidad, con trastorno de la identidad sexual pero sin coexistencia de enfermedad intersexual; por tanto no es una prestación financiable mientras no existan las correspondientes normas que así lo establezcan, como ocurre en algunas Comunidades Autónomas, sin que ello pueda suponer ningún tipo de discriminación al depender su financiación de los respectivos recursos presupuestarios.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 16/2003 de 28 mayo 2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
art.7.1

RD 63/1995 de 20 enero 1995. Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud
anx.3.5

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.43

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACION DE DOCTRINA
 - SENTENCIA ESTIMATORIA; EFECTOS
- REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - EN GENERAL
 - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS
- SEGURIDAD SOCIAL
 - ASISTENCIA SANITARIA
 - Servicios sanitarios autonómicos
 - Instituto madrileño de salud
 - Reintegro de gastos médicos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Servicio autonómico de salud; Desfavorable a: Afiliado a Régimen General de la Seguridad Social
Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

- Aplica art.7 de Ley 16/2003 de 28 mayo 2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
- Aplica anx.3.5 de RD 63/1995 de 20 enero 1995. Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud
- Aplica art.43 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
- Cita Ley 16/2003 de 28 mayo 2003. Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
- Cita art.217 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores
- Cita anx.1, anx.3, art.1, edm.un de RD 63/1995 de 20 enero 1995. Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud
- Cita art.98 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
- Cita Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita art.232.2, art.234, art.266 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.9.2, art.14, art.18, art.31.2, art.41, art.49, art.50, art.51, art.53, art.134.2, art.139, art.149.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.98, art.101, art.103, art.104 de D 2065/1974 de 30 mayo 1974. TR Ley General de la Seguridad Social
Cita art.11, art.18 de D 2766/1967 de 16 noviembre 1967. Asistencia Sanitaria y Ordenación de los Servicios Médicos de la Seguridad Social

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Madrid Sala de lo Social de 30 junio 2005 (J2005/209695)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 3 noviembre 2005 (J2005/230464)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 22 junio 2004 (J2004/160210)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - EN GENERAL STS Sala 4ª de 20 octubre 2003 (J2003/187309)
Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 13 julio 2000 (J2000/21785)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS STS Sala 4ª de 21 diciembre 1995 (J1995/7674)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS STS Sala 4ª de 30 noviembre 1994 (J1994/10090)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS STS Sala 4ª de 13 octubre 1994 (J1994/8211)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS STS Sala 4ª de 31 octubre 1988 (J1988/8610)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS STS Sala 4ª de 16 febrero 1988 (J1988/1286)
Cita en el mismo sentido sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS ORIGINADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SUPUESTOS DESESTIMATORIOS STS Sala 4ª de 4 junio 1986 (J1986/3822)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 4ª del Tribunal Supremo. 2007-2008"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a veintinueve de mayo de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación del Instituto Madrileño de la Salud, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de junio de 2005, dictada en el recurso de suplicación número 1474/05 EDJ 2005/209695, formulado por ..., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 37 de los Madrid, de fecha 6 de octubre de 2004, dictada en virtud de demanda formulada por..., contra el Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), en materia de Reintegro de Gastos Médicos y Sanitarios.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María Botana López.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de octubre de 2004, el Juzgado de lo Social número 37 de Madrid, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por..., contra el Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), en materia de Reintegro de Gastos Médicos y Sanitarios, en la que como hechos probados se declaran los siguientes:

“Primero.- La demandante, ..., tras sentencia firme del Juzgado de 1ª instancia núm. 8 de Madrid, autorizando el cambio de nombre y rectificación de sexo de varón por el de hembra en la inscripción del Registro Civil) beneficiaría de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, nacida varón el..., refiere un comportamiento femenino desde pequeña, sintiéndose niña, empezando a hormonarse por su cuenta a los 16 años de edad y después desde el año 2001 con asistencia médica al respecto por médicos de la Seguridad Social.

Segundo.- La actora, diagnosticada de transexualidad, con trastorno de la identidad sexual sin coexistencia de enfermedad intersexual, decidió prestarse a intervención quirúrgica practicada en clínica privada el 2-7-03 realizándosele vaginoplastia y clitoroplastia según técnica de inversión peneana (con ingreso en dicha clínica del 1 al 9-7-03), abonando, previamente, por dicha intervención quirúrgica 10.820 euros en fecha 30-6-2003.

Tercero.- Con fecha 15-9-03, el padre de la actora -titular de la tarjeta sanitaria- presentó ante el Imsalud solicitud de reintegro de gastos de la operación quirúrgica -referida en el precedente hecho probado- practicada a su hija -beneficiaría de la asistencia sanitaria- por ser operación que no se realiza en el sistema de salud público madrileño, destacando se lleva a cabo en otras Comunidades (CA Andalucía), siendo desestimada la solicitud por resolución de 27-11-03 por estar referida a un tratamiento privado, no financiado por la Seguridad Social, al carecer de los requisitos establecidos para su concesión: asistencia sanitaria y urgente de carácter vital’.

Cuarto.- Presentada reclamación previa contra la resolución denegatoria, referida en el precedente hecho probado, le fue desestimada por resolución del Instituto Madrileño de Salud, de fecha 10-2-04”.

Y como parte dispositiva:

“Que desestimando la demanda de... contra el demandado, Instituto Madrileño de la Salud, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones deducidas en la demanda”.

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia de 30 de junio de 2005 EDJ 2005/209695 , en la que como parte dispositiva consta la siguiente:

“Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por..., representados por el Letrado D. José Ramón de Elías Doral, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. treinta, y siete de los de Madrid, de fecha seis de octubre de dos mil cuatro, en autos núm. 328/34, en virtud de demanda formulada por..., contra el Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), en materia de Reintegro de Gastos Médicos y Sanitarios, revocamos la sentencia de instancia, y, en consecuencia, estimamos, en Darte, la demanda formulada por... contra el Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), y debemos condenar y condenamos al Imsalud a pagar al actor la cantidad de 10.820 euros por los gastos ocasionados del cambio de sexo, absolviendo, al demandado de las demás pretensiones frente al mismo deducidas en demanda”.

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparo y formalizo en tiempo y forma recurso de casación para unificación de doctrina, por Imsalud.

En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada, por la Sala de lo Social del Tribunal de Valencia, de 21 de enero de 2003 (recurso 3415/02).

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de “interesa con carácter principal la desestimación del recurso por falta de contradicción y subsidiariamente su procedencia”.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Instituto Madrileño de la Salud formula el presente recurso de casación para unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social que revocando la de instancia, estimó en parte la demanda y le condenó a pagar la cantidad de 10.820 euros por los gastos ocasionados del cambio de sexo, absolviendo al organismo aquí recurrente de las demás pretensiones frente al mismo deducidas.

Denuncia el recurso infracción del Anexo III, punto 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de la Salud EDL 1995/12703 , argumentando en síntesis que el diagnóstico de transexualismo por trastorno de la identidad sexual, no puede incluirse en la excepción contemplada en dicho precepto normativo, al establecer que no son financiables con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria,

“5. La cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos”.

Fue seleccionada como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal de Valencia, de 21 de enero de 2003.

Tanto la parte actora en su escrito de impugnación como el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, alegan la falta de contradicción entre las sentencias objeto de comparación.

En el análisis de este presupuesto procesal, es procedente señalar que la sentencia combatida estima probado que se trata de un diagnóstico de transexualidad, con trastorno de la identidad sexual sin coexistencia de enfermedad intersexual (hecho probado segundo) y, argumenta que “... el cambio de sexo como consecuencia de la transexualidad no queda excluido de la prestación sanitaria y que por aplicación de lo establecido en el art. 43 de la Constitución Española EDL 1978/3879 así como el art. 1 de la Ley General de la Sanidad EDL 1986/10228 y art. 1 del RD citado EDL 1995/12703 ha de ser reparado con cargo al sistema de la salud... y como anteriormente se ha señalado se impone al sistema nacional de salud facilitar atención y asistencia sanitaria a toda la población conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sanidad, excluyendo las prestaciones sanitarias, las atenciones, actividades o servicios únicamente cuando no existe una evidencia científica suficiente sobre su seguridad y eficacia clínica o que haya quedado manifiestamente superada por otra disponible, cuando no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento, así como que se trate de meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte, mejora estética o cosmética...”

De acuerdo con todo lo anterior, resulta patente que la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 no contiene exclusión alguna respecto de la cirugía de cambio de sexo, cuya exclusión se contempla únicamente en el Reglamento de desarrollo que como anteriormente se ha indicado ha de ser “interpretado” de forma dinámica y abierta a la evolución médica y social”.

En la sentencia de contraste también se trataba “de un caso de transexualismo por trastornos de la identidad sexual” y desestimó la demanda en la que se instaba el reconocimiento del derecho a someterse a una intervención quirúrgica de cambio de sexo con cargo a la sanidad pública, razonando que “Ninguna patología de las anteriormente expuestas acredita el actor sino un diagnóstico de transexualismo por trastorno de la identidad sexual, lo que no cabe incluir en la excepción del Anexo III, punto 5 del RD 63/95 de 20 diciembre EDL 1995/12703 y hace que despliegue todos sus efectos la prohibición reglamentaria del citado Anexo III, pues no es

una prestación financiable con cargo a la seguridad social o a fondos estatales la cirugía de cambio de sexo, salvo, repetimos, en el excepcional y concreto supuesto antes referido de “estado intersexual patológico””.

A tenor de lo expuesto aunque es cierto que en el caso de la sentencia recurrida se reclama el reintegro de los gastos realizados por la intervención quirúrgica del cambio de sexo, y en la de contraste el reconocimiento del derecho a realizar la operación de sexo con cargo al sistema de la salud pública, como lo debatido en suplicación en ambos supuestos fue exclusivamente el alcance de la exclusión contenida en el número 5 del Anexo III del Real Decreto 63/1995 EDL 1995/12703 y, en consecuencia la existencia del derecho, admitiendo ambas sentencias que son supuestos distintos la transexualidad (supone la tendencia a la identificación sexual subjetiva de signo opuesto las características sexuales morfológicas, o lo que es igual adecuar el sexo biológico y anatómico al comportamiento sexual, psíquico y social) y la intersexualidad (entremezclar en grados variables los caracteres de cada sexo, incluso forma física, órganos de la reproducción y conducta sexual, en un individuo, como resultado de algún trastorno embrionario) y, dado que ambas sentencias se pronuncian en sentido contrario sobre la existencia del derecho se ha de concluir que se cumple el requisito de contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13475 , ya que como reiteradamente ha señalado esta Sala, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación (Sentencias de 13 de julio de 2000 recurso 1883/1999 EDJ 2000/21785 , 22 de junio de 2004 recurso 3967/2003 EDJ 2004/160210 y 3 de noviembre de 2005 recurso 1584/2004 EDJ 2005/230464 , entre otras).

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión aquí debatida procede tener presente la doctrina unificada expuesta por las sentencias de esta Sala de 31 de octubre de 1988 EDJ 1988/8610 , 13 de octubre de 1994 EDJ 1994/8211 , 30 de noviembre de 1994 EDJ 1994/10090 y 21 de diciembre de 1995 (recurso 1967/95) EDJ 1995/7674 , cuyo contenido y argumentos se recogen en la última de las dictadas en los siguientes términos:

a) El reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica se mueve entre la exigencia que un enfermo determinado tiene, de disponer de unos medios para la curación o recuperación de la salud y, la obligación de la Seguridad Social de prestarlos, y, por consiguiente, de tener a disposición del beneficiario los mismos.

La jurisprudencia ha contemplado normalmente el problema partiendo de las exigencias del enfermo.

Sin embargo, la sentencia de 4 de junio de 1986 EDJ 1986/3822 , cuya doctrina reitera la de 16 de febrero de 1988 EDJ 1988/1286 , señala que la Seguridad Social, 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 la Seguridad Social, aunque por su especial naturaleza estos no se precisan por la norma como ocurre en materia referente a prestaciones dinerarias...

b) El problema de la asistencia debida es una cuestión médica, que jurídicamente solo obliga a determinar si de hecho era exigida por el enfermo como tal, esa asistencia que la ciencia médica, que jurídicamente solo obliga a determinar si de hecho era exigida por el enfermo como tal, esa asistencia que la ciencia médica aconseja y si ésta fue o no prestada por la entidad obligada a ello.

Pero junto a esta valoración, que parte del enfermo individualmente considerado y prescinde del marco concreto de lugar y medios en que se encuentre, cabe y es necesario contemplar una dirección inversa, partir y hacer pie en el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, y no indeterminado, es decir los meramente existentes para la ciencia médica y con arreglo a ellos medir la asistencia que el enfermo requiere.

Este punto de vista es primordialmente social y como cuestión jurídica plantea la determinación de qué medios son los exigibles a la Entidad Gestora para que estén a disposición del beneficiario.

c) La tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra ya en la Constitución pues su artículo 43 EDL 1978/3879 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”, con lo que al extender a “todos” el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos.

d) Esta misma tensión entre uno y otro término se encuentra en la normativa de la Seguridad Social; así el art. 98 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1994 EDL 1994/16443 , fija como objeto de la asistencia sanitaria los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud, sin precisar el ámbito de los mismos, mientras que el artículo 11 de Decreto 2766/67 de 16 de noviembre EDL 1967/1963 circunscribe las técnicas terapéuticas y diagnósticas “a todas las que se consideren precisas por los facultativos asistentes” y el propio art. 18 del mismo Decreto EDL 1967/1963 al referirse a la denegación injustificada de la prestación debida al enfermo, deja abierta la posibilidad de que aún siendo debida a un enfermo una asistencia médica, su negativa sin embargo está justificada, es decir no está obligada la Seguridad Social a prestarla...”

Esta doctrina aparece reiterada en las sentencias de 20 de octubre de 2003 EDJ 2003/187309 y 20 de marzo de 2004 (recurso 1737/03), recogiendo esta última 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 cuanto lo solicite”.

TERCERO.- Expuesta la anterior doctrina jurisprudencial, es necesario indicar que como recoge la Exposición de Motivos del Real Decreto 63/95, de 20 de enero EDL 1995/12703 , que esta norma se dicta dentro del marco normativo definido por los preceptos constitucionales y legales aplicables y, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9.2, 31.2, 41, 43, 49, 50, 51 y en los apartados 1, 16 y 17 del artículo 149.1 de la Constitución EDL 1978/3879 y, ordena y sistematiza las atenciones y prestaciones sanitarias directas

y personales del Sistema Nacional de Salud, partiendo de los niveles alcanzados por los diferentes regímenes públicos de protección sanitaria, pero acomodándolos a los principios básicos establecidos en la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228, como prevé su disposición final decimocuarta.

Entre tales principios, que desarrollan y concretan los formulados de modo más abstracto y general en los preceptos constitucionales se alude a que:

“La homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público que, en cuanto son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, han de ajustarse necesariamente a la asignación de recursos financieros, conforme a lo dispuesto en el artículo 134.2 de la Constitución EDL 1978/3879, en el artículo 81 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 y en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año”.

Precisamente el Reglamento teniendo en cuenta entre otros principios, que las atenciones y prestaciones del sistema sanitario son financiados con cargo a la Seguridad Social han de ajustarse a la asignación de recursos financieros; en base a ello, establece en el Anexo III EDL 1995/12703 como

“Prestaciones que no son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria:

1. La expedición de informes o certificados sobre el estado de salud distintos de los previstos en el Anexo I EDL 1995/12703.
2. Los reconocimientos y exámenes o las pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros.
3. La cirugía estética que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita.
4. Los tratamientos en balnearios y las curas de reposo.
5. La cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos.
6. El psicoanálisis y la hipnosis”.

Precepto éste que dada la claridad de su redacción, no ofrece dudas interpretativas en cuanto a que es aplicable al supuesto de autos y, llegar a la conclusión que recoge la sentencia combatida implica no interpretación progresiva y amplia, sino que se está modificando o dejando sin efecto lo que en el Reglamento se establece.

Por otra parte, dicha norma reglamentaria en ningún momento supone quebranto del mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución (en relación con los artículos 14, 41 y 139 del mismo Texto EDL 1978/3879), que proclama el derecho a la protección de la salud y de las prestaciones que a él corresponden; ni es opuesto al espíritu informador de los artículos, 1 del Real Decreto antes citado EDL 1995/12703, que dispone que el Sistema Nacional de Salud facilitará la atención y asistencia sanitaria conforme a lo establecido en la Ley 14/1986, de 25 de abril y, 1, 3.2 y 10.1 de esta Ley EDL 1986/10228.

En este sentido la posterior Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud EDL 2003/9794, si bien establece que la prestación de servicios sanitarios habrá de llevarse a cabo en condiciones de igualdad, efectividad y calidad con un sentido de aseguramiento integral, universal y público en el que se observe el principio de igualdad de oportunidades -artículo 2º a), b), d) y f) EDL 2003/9794 -, sin embargo, a lo largo de su articulado, va precisando los términos de la prestación de ese servicio sanitario y así, en su artículo 7º.1 EDL 2003/9794 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 EDL 2003/9794 que

“1.- La cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo 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 EDL 2003/9794, que se aprobará mediante Real Decreto.

Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrá 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 EDL 2003/9794, 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.

Tampoco cabe olvidar que a tenor de los antiguos artículos 98, 101, 103 y 104 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo EDL 1974/1308, también resulta evidente que la asistencia sanitaria, farmacéutica habrá de dispensarse, con la extensión, duración y condiciones “que reglamentariamente se determinen” en el marco de las posibilidades técnicas y financieras que, en cada momento, tenga la Seguridad Social.

Lo antes expuesto no puede entenderse que desatienda la Recomendación 1117/1989 de la Asamblea del Consejo de Europa (discutida el 28 de septiembre de 1989), que considerando

1) que la transexualidad es un síndrome caracterizado por una personalidad doble, una física, otra psíquica, estando la persona transexual profundamente convencida de que pertenece al otro sexo, lo que le impulsa a demandar que su cuerpo sea corregido en consecuencia,

2) que el progreso de la medicina moderna y especialmente el recurso a la cirugía de `conversión sexual` permiten dar a los transexuales la apariencia y en una larga medida los caracteres de sexo opuesto a aquel que figura en su acta de nacimiento

3) que tal tratamiento está destinado a poner en concordancia el sexo físico y el psíquico, y a dar también a la persona una identidad sexual que constituye además un elemento determinante de su personalidad; se dirige al Consejo de Ministros, para que se invite a los Estados miembros a reglamentar por un texto legal esta materia, en los casos de transexualismo irreversible, para que la mención concerniente al sexo del interesado deba ser rectificadora en el registro civil y también en los documentos de identidad, debiendo ser autorizado el cambio de nombre, protegida la vida privada y, ser rechazada toda discriminación concerniente al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales conforme al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

Precisamente, ante esta situación normativa, se presentaron ante la Asamblea de Madrid sendas proposiciones no de Ley por los grupos parlamentarios de Izquierda Unida y Popular, que figuraron en Orden del día de la sesión plenaria celebrada el 1 de junio de 2006, con objeto de instar respectivamente al Gobierno de Madrid a que se dirija al Gobierno de España a presentar una Ley de Identidad de Género y, que se incluya en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud el tratamiento clínico de reasignación de sexo, con todas las prestaciones que ello requiera.

Por todo ello se ha de concluir, que es doctrina correcta la de la sentencia de contraste, pues la prestación reclamada no es una prestación financiable con cargo a la Seguridad Social o a Fondos Estatales, mientras no existan las correspondientes normas que así lo establezcan, como ocurre en algunas Comunidades Autónomas, sin que ello pueda suponer ningún tipo de discriminación al depender su financiación de los respectivos recursos presupuestarios.

Precisamente el artículo 21.2 de la antes mencionada Ley dispone que “Las nuevas técnicas, tecnológicas o procedimientos serán sometidos a evaluación por el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de la Salud Carlos III” y, este mandato se recoge en el Real Decreto 1030/06, de 15 de septiembre, cuando en el artículo 7.2 dispone que “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 la Salud Carlos III en colaboración con otros órganos evaluadores propuestos por las Comunidades Autónomas”.

Cabe añadir que por este Instituto se emitió a requerimiento del Juzgado en los presentes autos, informe elaborado sobre “Trastornos de identidad de género” (con atención a la cirugía de reasignación de sexo) señalando como conclusión “... que nuestro contexto legal es compatible con la potencial inclusión con la prestación en el ámbito del Sistema Nacional de Salud” y, que “La norma que los lleve a efecto, si así se considera, ha de respetar lo dispuesto en la legislación vigente: valoración por la Administración Sanitaria del Estado de su seguridad, eficacia y eficiencia; rango de Real Decreto, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y dictamen del Consejo de Estado”.

CUARTO.- La parte recurrente y demandante presentó escrito ante esta Sala solicitando, que en la sentencia al amparo de los artículos 18 de la Constitución española EDL 1978/3879 y 232 apartado 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , se adoptas en las medidas encaminadas a garantizar el Derecho Fundamental a la intimidad personal y familiar de los demandantes alegando la existencia de grave perjuicio al Derecho a la intimidad personal y familiar que puede ocasionar la publicación y divulgación de las resoluciones judiciales emanadas del Tribunal Supremo, ya que incluso algunas de estas resoluciones llegan a publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Dicha pretensión ha de ser atendida dadas las circunstancias y razones que se aducen en el supuesto de autos, por cuanto el mencionado artículo 18 EDL 1978/3879 incluido en el Capítulo II, del Título I, garantiza el Derecho al honor, intimidad personal y familiar, derecho fundamental tutelado en el artículo 53 del Texto Constitucional EDL 1978/3879 , estableciendo que “... los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II de este Título vinculan a todos los poderes públicos” y, ellos en los términos que recogen los artículos, 232. apartado 2, 234 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754.

El primero de dichos artículos dispone que “... excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”.

Añade el segundo de los preceptos citados que

“1. Los secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley.

También expedirán los testimonios en los términos previstos en esta Ley.

2.- Asimismo las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados”.

Por último el artículo 266 EDL 1985/8754 recoge que

“1. Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar 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, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las Leyes”.

La aplicación de estas normas determina que en el presente supuesto proceda acordar que la sentencia será publicada en audiencia pública omitiendo toda referencia a los nombres de los demandantes y, se excluye, en lo que se refiere a terceros, el acceso al expediente judicial y, adviértase al Centro Nacional de Documentación Jurídica que al facilitar información de la sentencia debe ser suprimida toda referencia a los nombre propios de los demandantes.

QUINTO.- De conformidad con lo razonado procede la estimación del recurso para resolver en suplicación desestimando el de esta naturaleza formulado por demandante, confirmando la sentencia de instancia. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación del Instituto Madrileño de la Salud, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de junio de 2005 EDJ 2005/209695 , que casamos y anulamos y, resolviendo en suplicación se confirma la sentencia de instancia.

Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Devuélvanse las actuaciones al organismo de procedencia, 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. Aurelio Desdentado Bonete.- José Luis Gilolmo López.- José Manuel López García de la Serrana.- Rosa María Virolés Piñol.- José María Botana López.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012007100894