



Resolución del Ararteko, de 15 de febrero de 2007, por la que se recomienda al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco que resuelva de manera favorable la petición de (...), de reembolso de gastos por la asistencia sanitaria privada.

Antecedentes

1. Una persona fue diagnosticada de (...), en 1992, en el Hospital Santiago, de Vitoria-Gasteiz. Comenzó entonces un tratamiento en monoterapia mediante (...), que fue suspendido después de diez meses, al no obtener el resultado previsto.

A partir de ese momento su enfermedad fue controlada mediante análisis y ecografías anuales.

2. Posteriormente solicitó en el mismo centro hospitalario un tratamiento mediante la combinación de (...).

De acuerdo con los criterios recogidos en el protocolo para el tratamiento de (...), no era aconsejable el tratamiento para pacientes mayores de 65 años, debido a la mala tolerancia del fármaco. Además, este paciente había recibido anteriormente tratamiento con (...), sin obtener resultado.

La denegación inicial del tratamiento, basada en esas razones, se encuentra en el origen de esta queja.

3. Acude entonces a un centro privado, donde le aplicaron el tratamiento con buenos resultados. Este diagnóstico sobre el resultado favorable del tratamiento fue compartido por el Hospital de Santiago -a donde volvió- lo que llevó a que continuara aquí su tratamiento.
4. El interesado solicitó el reembolso de los gastos por su asistencia en el centro privado. Su denegación por la Dirección territorial de Álava, del Departamento de Sanidad, constituye el motivo de la presente queja.
5. Analizados estos antecedentes, la institución del Ararteko solicitó información a la Administración Sanitaria. Esta petición coincide en el



tiempo con la presentación de la correspondiente reclamación previa a la vía social por parte del interesado.

6. En su respuesta, de 19 de enero de 2007, el Departamento de Sanidad expone, esencialmente, que a su juicio la decisión del director territorial está fundamentada, porque se basó en la inexistencia de urgencia vital, única situación reglamentariamente recogida para aceptar el reembolso de gastos, que considera que no se dio en este caso. No parece cerrar el paso a otros cauces distintos a ese reembolso, como pudiera ser el de la acción de responsabilidad patrimonial.

Consideraciones

1. El resultado favorable que este paciente obtuvo en la sanidad privada con el tratamiento que se le denegó en el Hospital Santiago, nos lleva a pensar que se trata de una pretensión con apariencia de estar fundada.

Partiendo de esa valoración, durante la tramitación de este expediente se han planteado algunas cuestiones que nos muestran las dudas que en determinadas circunstancias se pueden suscitar ante las acciones administrativas que los pacientes plantean. Dudas que tienen que ver con dos de las perspectivas posibles con que se pueden analizar unas peticiones que, aunque puedan ser reflejo de un deseo legítimo de acceder a cualquier tratamiento posible, se han de resolver en el marco de la configuración jurídica del derecho genérico a la protección de la salud.

Esas dos perspectivas o ámbitos son el de la responsabilidad patrimonial al amparo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el de reembolso de gastos del Real Decreto 63/1995, de 30 de enero.

En estas consideraciones trataremos de recoger las razones por las que pensamos que la petición de reembolso de gastos del interesado, ahora en fase de reclamación previa, se sitúa en el segundo de esos ámbitos.

2. Una primera aproximación a este caso nos lleva a pensar que se cumplen las condiciones para el reembolso previstas en el Real Decreto 63/1995. Por el contrario, la Resolución de 18 de julio de 2006, del director territorial, deniega la solicitud, por entender que no se dan las condiciones.



Posiblemente, la denegación tuvo que ver con el cauce elegido por el interesado para formular su pretensión, sin descartar con ello que esa pretensión pudiera ser fundada en cuanto al fondo, pero situando tal posibilidad en el ámbito de una acción distinta: la de responsabilidad patrimonial, al amparo de la Ley 30/1992.

Si así fue, quisiéramos aprovechar esta oportunidad para invitar a reflexionar en torno a la idea de que quizás la respuesta podría haber sido distinta o más completa, no resolviendo únicamente la desestimación de la petición de reembolso formulada, sino promoviendo la “reconversión” del procedimiento. A este respecto, aunque no se nos escapa que Osakidetza/Servicio Vasco de Salud es un ente público con personalidad jurídica propia, distinta al Departamento de Sanidad ante quien se presenta la solicitud, su adscripción a éste podría permitir esa actuación que hemos denominado reconversión, al menos informando al interesado de la posibilidad de plantear una acción distinta a la del reembolso.

Hecha esa breve observación, tenemos que admitir que no siempre será fácil establecer el ámbito que corresponde a una determinada petición formulada por un paciente, con motivo de su asistencia sanitaria.

Teniendo eso presente, la institución del Ararteko considera que en el presente caso estamos ante un supuesto en que procede su tramitación dentro del procedimiento de reembolso de gastos por la asistencia que recibió en la sanidad privada. Contribuyen a ello principalmente los dos hechos que ya hemos mencionado al comienzo: el interesado obtuvo mediante el tratamiento para el que acudió a la sanidad privada un resultado favorable, y había solicitado ese mismo tratamiento en el sistema público, que contó con la consiguiente oportunidad para concederlo. Había además una situación de peligro para su curación.

Aunque pueda parecer paradójico, los antecedentes que hemos analizado nos han llevado a concluir en que no se debiera haber actuado de un modo diferente a como se hizo.

Éste es uno de los obstáculos que encontramos para situar la pretensión objeto de esta queja en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.



3. La decisión primera de denegar el tratamiento fue conforme con los criterios recogidos en el protocolo previsto para el tratamiento de (...), según el cual no era aconsejable para pacientes mayores de 65 años, debido a la mala tolerancia del fármaco. Junto con este motivo, el Sistema vasco de salud tuvo en cuenta que este paciente había recibido anteriormente tratamiento con interferón, sin obtener resultado.

Ocurrió sin embargo que el tratamiento en la sanidad privada fue el mismo que no obtuvo en su hospital de referencia, y que el resultado fue el restablecimiento de su enfermedad. En estas circunstancias, parece que estamos ante un supuesto de denegación de asistencia.

Esa valoración como denegación de asistencia puede explicar que se haya barajado la idea antes apuntada, en el sentido de que la acción de reembolso de gastos no es la adecuada, pues no faltan razones para pensar que tras la aprobación del Real Decreto 63/1995, únicamente la urgencia vital puede ser motivo de reembolso de gastos por la asistencia privada, y que los supuestos de denegación de asistencia deben ser analizados desde el punto de vista del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, nos parece que no debemos obviar otras construcciones jurídicas contrarias a su exclusión del procedimiento de reintegro de gastos, que es donde se ha ubicado la petición que ha motivado este expediente. Podemos citar aquí la STSJ Cataluña (AS2002\2439) que con base en la STS de 8-11-1999 (RJ 1999\9416), considera que *«si bien el supuesto de injustificada falta de asistencia no está explícitamente citado en el art. 5-3 del Real Decreto precitado, sí lo está en su espíritu y finalidad... y como tal debe examinarse el supuesto de autos para determinar si existió o no»*.

En cualquier caso, admitiendo que la valoración de este caso como una denegación de asistencia pudiera ser obstáculo para su asunción como reembolso de gastos, nos parece que nos encontraríamos con obstáculos para calificarlo como responsabilidad patrimonial.

4. La vía para la determinación de la responsabilidad patrimonial, como vía de reparación del perjuicio, sirve para restituir los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria. En términos generales, el daño se imputa a un determinado tratamiento médico.



En cambio, en este supuesto el tratamiento sanitario no ha producido perjuicio alguno. El objeto de la pretensión del reclamante es la restitución del daño (gastos médicos) que ha incurrido pero que han servido para su fin.

El restablecimiento de su enfermedad, aisladamente considerado, pudiera habernos llevado a situar el caso en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

Esa circunstancia debe, sin embargo, ponerse en relación con otra, sin cuya concurrencia la respuesta al problema que ha dado lugar a este expediente resultaría incompleta. Nos referimos al hecho de que la decisión que denegó el tratamiento se basó en unos criterios del protocolo para el tratamiento de la (...).

A ese respecto, si partimos de que la primera decisión médica de no dar al paciente el tratamiento fue conforme con dicho protocolo, y de que no se ha planteado ninguna objeción sobre su validez como herramienta para adoptar iguales criterios de actuación en situaciones similares, entonces tampoco hay datos para pensar que en otra situación se deba actuar de un modo diferente.

Nos parece que este aspecto es esencial, ya que si el protocolo es correcto (el resultado favorable obtenido con el tratamiento por este paciente en este caso no es, por sí mismo, obstáculo para ello) la misma decisión se adoptaría con otro paciente en quien concurrieran las mismas circunstancias. Por tanto, digamos que el actuar de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud sería conforme a derecho.

Por el mismo motivo, si el protocolo no queda cuestionado, debemos entender que en lo que respecta a la denegación del tratamiento, la conducta del médico que adoptó la decisión con base en el mismo no sería una infracción de lo que conocemos como *lex artis*.

Si no hay vulneración de la *lex artis* en el tratamiento médico prestado, y no se aprecian datos de que el protocolo asistencial, norma de funcionamiento, es inadecuada, es difícil situar este caso en el terreno de la responsabilidad patrimonial. Es decir, si ahora no se actuaría de un modo diferente a como se hizo entonces, debemos pensar que falta un requisito esencial de la responsabilidad patrimonial.



Llegados a este punto, en el que pensamos que no se dan los requisitos que permitan determinar una responsabilidad patrimonial de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud, debemos responder a la pregunta de si la decisión que adoptó el paciente de una manera unilateral, a resultas de la cual obtuvo el resultado favorable que conocemos, puede ser asumida por el sistema público de salud. Una decisión, la del paciente, que en el momento de ser tomada, supone para él un riesgo de equivocarse en la apreciación de las circunstancias que inevitablemente sólo después se verá si se cumplen, y con ello no obtener el reembolso de los gastos.

Pensamos que la respuesta a esa pregunta sobre si procede o no asumir el coste puede ofrecerla el repetido Real Decreto 63/1995.

5. El artículo 5, apartado 3, del mencionado precepto, establece que se reembolsarán los gastos, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios del sistema público y que la asistencia privada no constituye una utilización desviada o abusiva de la excepción que supone el reintegro. Añade que la situación por la que se acude a la sanidad privada ha de ser calificable como de urgencia vital.

En el apartado tercero de estas consideraciones hemos indicado que, en nuestra opinión, la denegación de asistencia no debe entenderse como una posibilidad extraña a la vía del reembolso de gastos. Además de poder aceptar la petición del interesado desde esa perspectiva de la falta de asistencia, pensamos que también se dan razones de urgencia vital para justificar esa aceptación.

Un elemento esencial para reconocer la existencia de una denegación es que se trate de una prestación reconocida por el sistema público. No nos parece que esto ha quedado cuestionado, sino únicamente los criterios de acceso.

Estamos ante la decisión de un paciente que acudió a la sanidad privada para acceder a un tratamiento contemplado entre las prestaciones del sistema público, pero que se le denegó por considerar que en sus circunstancias el tratamiento no estaba aconsejado y no obtendría resultado. Esa apreciación sobre el resultado del tratamiento ha resultado fallida.



Otra condición para determinar si hubo o no aquella denegación es si el paciente ha realizado gestiones ante los servicios públicos, antes de acudir a un centro privado. Se trata de un requisito que podemos vincularlo a la necesidad de evitar un uso abusivo de esa vía, que ya hemos indicado antes que ha quedado suficientemente acreditado que aquí no existió.

El paciente tuvo imposibilidad de obtener la prestación en el sistema público donde estaba siendo atendido. De hecho, ante los buenos resultados que venía obteniendo, volvió a su hospital de referencia donde, exceptuando de manera fundamentada las pautas del protocolo previsto para el tratamiento de la (...), optaron por aplicarle el tratamiento.

Por su parte, ha quedado acreditado que había una situación objetiva de peligro para la curación del enfermo, por lo que entendemos que concurre la circunstancia de urgencia vital que, como es sabido, no sólo es predicable respecto de riesgo para la vida, sino que se extiende a situaciones de peligro para la integridad del enfermo. Por supuesto, no valoramos únicamente el carácter grave de la dolencia, que desde el punto de vista del reintegro no justifica cualquier opción del enfermo, sino por la concurrencia de todas las circunstancias a las que hemos ido haciendo referencia a lo largo de estas consideraciones: prestación reconocida por el sistema público, inexistencia de uso abusivo, curación de la enfermedad.

Estas son las consideraciones que nos llevan a concluir que estamos ante un supuesto donde concurren las circunstancias que fundamentan la estimación de la petición de reembolso.

Por todo ello, de acuerdo con lo previsto en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución del Ararteko, se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN 5/2007, de 15 de febrero, al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco

Que se revise la Resolución del director territorial de Álava, de (...), estimando, en consecuencia, la petición de reembolso de gastos que presentó (...), relativa a la desestimación de su petición de reembolso de gastos.