

Id Cendoj: 38038340012004101318  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Santa Cruz de Tenerife  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 800/2004  
Nº de Resolución: 1222/2004  
Procedimiento: Recurso de suplicación  
Ponente: PILAR DIAZ DE LOSADA HAMILTON  
Tipo de Resolución: Sentencia

En Santa Cruz de Tenerife , a 20 de diciembre de 2004 La Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. Jose Manuel Celada Alonso (Presidente), D./Dña. Jose Mª Del Campo Y Cullen y D./Dña. Pilar Díaz De Losada Y Hamilton (Ponente) , ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación núm. 0000800/2004 , interpuesto por Rebeca , frente a la Sentencia del JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE en los Autos 0000885/2003 en reclamación de DERECHOS , ha sido Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./DÑA. Pilar Díaz De Losada Y Hamilton , en sustitución de la Ilma. Sra. Dña. Mª del Carmen Sanchez-Parodi Pascua.

### **ANTECEDENTES DE HECHOS**

PRIMERO.- Que según consta en Autos, se presentó demanda por Rebeca , en reclamación de DERECHOS siendo demandado Servicio Canario De Salud y celebrado juicio y dictada Sentencia, el día 10 de junio de 2004 , por el Juzgado de referencia, con carácter desestimatorio .

SEGUNDO.- Que en la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:  
PRIMERO.- 1. La parte actora acudió en fecha 2 de julio de 2001, tras haberse sometido a tratamiento de fisioterapia durante aproximadamente cinco años, al Instituto Biológico de la Salud, con sede en Madrid, refiriendo dolores musculares generalizados y cansancio crónico, y siendo diagnosticada de síndrome de fatiga crónica ( **fibromialgia** ), prescribiéndosele tratamiento homeopático y oxitermia. 2. El día 17 de septiembre de 2001 acude de nuevo al referido centro, refiriendo haber mejorado respecto de su estado general y de sus molestias musculares, pero persistiendo las cefaleas y la sensación de aturdimiento, proponiéndosele por el Dr. Hugo "la utilización terapéutica de hormona de crecimiento", arguyendo "que ha sido utilizada en otros países para este tipo de casos en los cuales no existe un tratamiento definido para este síndrome". 3. El 19 de septiembre de 2000, la actora se sometió a tratamiento de oxitermia para la **fibromialgia** de la que estaba diagnosticada. SEGUNDO.- 1. En fecha 26 de septiembre de 2001 fue llamada a tratamiento por el Hospital Universitario de Canarias, acudiendo únicamente un día e interrumpiendo el mismo por estar recibiendo ya tratamiento en Madrid consistente en oxitermia, fototerapia y complementos fitoterápicos tras haber sido diagnosticada en la referida ciudad de **fibromialgia** , refiriendo la actora encontrarse mejor con dichas terapias. 2. En fecha 6 de noviembre de 2002 se efectúa informe por el Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias en el que se diagnostica a la actora de síndrome fibromiálgico, señalándose que "se trata de un proceso crónico sin tratamiento curativo actual". TERCERO.- La actora permaneció en IT desde el 31 de octubre de 2000 hasta el 8 de febrero de 2002, haciéndose constar en el parte extendido en fecha 26 de octubre de 2001 el diagnóstico de **fibromialgia** (documentos nº 3 a 23 de los acompañados al escrito de demanda). CUARTO.- La actora reclama el reintegro de 8.186,23 euros que abonó, en los meses de julio, septiembre, octubre y noviembre de 2001 y el 31 de agosto de 2002, para adquirir el medicamento "Saizén" (cuyo principio activo es la somatropina, hormona de crecimiento humano), así como diversos productos homeopáticos, y para abonar el importe de

las consultas médicas a las que había acudido (documentos nº 24 a 37 de los aportados con la demanda), y solicita asimismo la condena de la parte demandada a que le preste en el futuro la medicación necesaria para tratar su

enfermedad y a la que alude en el Hecho Tercero de su escrito de demanda. QUINTO.- Se ha agotado la reclamación previa .

TERCERO.- Que por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE , se dictó Sentencia, cuyo Fallo literal dice: Que, desestimando la demanda de reclamación de cantidad formulada por Dña. Rebeca contra el Servicio Canario de Salud, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de las pretensiones deducidas frente a ella en el presente procedimiento .

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte Rebeca , siendo impugnado de contrario. Recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 16 de Diciembre de 2004 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada por la Dña. Rebeca contra el Servicio Canario de Salud, sobre Reclamación de Reintegro de Gastos Sanitarios, interpone la actora Recurso de Suplicación y, al amparo del artículo 191 apartados b y c) pretende modificar hechos probados y denuncia que la sentencia ha infringido normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Se solicita se modifique el Hecho Probado Segundo proponiendo el siguiente texto alternativo: "1.- La parte actora, afectada por **fibromialgia** o síndrome de fatiga crónica, ha estado sometiéndose, desde hace más de cinco años a diferentes tratamientos en la sanidad pública sin que ninguno de ellos le haya significado mejora significativa alguna en su estado de salud, llegando a reconocer el Servicio Canario de Salud la inexistencia de tratamiento curativo o paliativo alguno. 2.- Ante esta situación se sufraga un tratamiento privado que le reporta una notable mejoría, como reconoce de manera expresa el propio Servicio Canario de Salud (informe del servicio de reumatología del Hospital Universitario de Canarias y en diagnóstico de la gerencia de atención primaria del Servicio Canario de Salud). 3.- En fecha 26 de septiembre de 2001 fue llamada a tratamiento por el Hospital Universitario de Canarias acudiendo sólo un día por tener que desplazarse a Madrid a continuar con el tratamiento privado por tener citas previamente concertadas para recibir sesiones de oxitermia, fototerapia, complementos fitoterapéuticos y tratamiento con la hormona del crecimiento que ya habían demostrado su eficacia frente a la inexistente mejoría con los tratamientos de la sanidad pública. 4.- En fecha 6 de noviembre de 2002 se efectúa informe por el Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias en el que se diagnostica a la actora síndrome fibromiálgico, señalándose que "se trata de un proceso crónico sin tratamiento curativo actual", no obstante lo cual se aprecia una sensible mejoría con el que se le ha suministrado en Madrid (oxitermia + fototerapia + complementos fitoterapéuticos: hormona del crecimiento)". Cita para la modificación solicitada el informe del Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias, el folio 14 in fine y el folio 15 del expediente administrativo. Motivo que no puede ser acogido por esta Sala por no ponerse de relieve el error de la Juzgador de instancia sin necesidad de acudir a conjeturas, hipótesis o razonamientos, además de no ser trascendente a los efectos del fallo de esta resolución.

Igualmente pretende la adición al hecho probado tercero de un párrafo del siguiente tenor literal: "Las I.T. en las que permaneció la actora desde el 31 de octubre de 2000 hasta el 8 febrero de 2002 se debieron a la **fibromialgia** que es una enfermedad crónica o síndrome caracterizado por un dolor intenso en los tejidos blandos y el músculo esquelético (músculos, ligamentos, tendones y tejido fibroso), probablemente producido por un nivel anormalmente bajo del nivel de la hormona del crecimiento, cuya intensidad es tal que es reconocida por Seguridad Social como causa de incapacidad permanente y total, pues es lo cierto que incapacita al que la sufre para cualquier actividad laboral". No cita para dicha alteración fáctica documento concreto sino que alude de forma general sin referencia específica a uno o a varios. Igualmente debe ser rechazado este motivo por las mismas razones que el anterior, por no ponerse de relieve el error de la Juzgadora de instancia además de no ser trascendente a los efectos del fallo como se argumentará en el siguiente Fundamento de Derecho.

TERCERO.- La recurrente entiende que se ha infringido el *artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995 de 20 de enero* , sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de la Salud (BOE de 10 de febrero), así como doctrina jurisprudencial sobre el tema, todo ello en relación con el *artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral* , cita sentencia de esta Sala de fecha 30 enero de 2002 y otros Tribunales Superiores de Justicia.

Según los inmodificados hechos probados: "1. La parte actora acudió en fecha 2 de julio de 2001, tras haberse sometido a tratamiento de fisioterapia durante aproximadamente cinco años, al Instituto Biológico de la Salud, con sede en Madrid, refiriendo dolores musculares generalizados y cansancio crónico, y siendo diagnosticada de síndrome de fatiga crónica ( **fibromialgia** ), prescribiéndosele tratamiento homeopático y oxitermia. 2. El día 17 de septiembre de 2001 acude de nuevo al referido centro, refiriendo haber mejorado respecto de su estado general y de sus molestias musculares, pero persistiendo las cefaleas y la sensación de aturdimiento, proponiéndosele por Don. Hugo "la utilización terapéutica de hormona de crecimiento", arguyendo "que ha sido utilizada en otros países para este tipo de casos en los cuales no existe un tratamiento definido para este síndrome". 3. El 19 de septiembre de 2000, la actora se sometió a tratamiento de oxitermia para la **fibromialgia** de la que estaba diagnosticada. 1. En fecha 26 de septiembre de 2001 fue llamada a tratamiento por el Hospital Universitario de Canarias, acudiendo únicamente un día e interrumpiendo el mismo por estar recibiendo ya tratamiento en Madrid consistente en oxitermia, fototerapia y complementos fitoterápicos tras haber sido diagnosticada en la referida ciudad de **fibromialgia**, refiriendo la actora encontrarse mejor con dichas terapias. 2. En fecha 6 de noviembre de 2002 se efectúa informe por el Servicio de Reumatología del Hospital Universitario de Canarias en el que se diagnostica a la actora de síndrome fibromiálgico, señalándose que "se trata de un proceso crónico sin tratamiento curativo actual". La actora permaneció en IT desde el 31 de octubre de 2000 hasta el 8 de febrero de 2002, haciéndose constar en el parte extendido en fecha 26 de octubre de 2001 el diagnóstico de **fibromialgia** (documentos nº 3 a 23 de los acompañados al escrito de demanda). La actora reclama el reintegro de 8.186,23 euros que abonó, en los meses de julio, septiembre, octubre y noviembre de 2001 y el 31 de agosto de 2002, para adquirir el medicamento "Saizén" (cuyo principio activo es la somatropina, hormona de crecimiento humano), así como diversos productos homeopáticos, y para abonar el importe de las consultas médicas a las que había acudido (documentos nº 24 a 37 de los aportados con la demanda), y solicita asimismo la condena de la parte demandada a que le preste en el futuro la medicación necesaria

para tratar su enfermedad y a la que alude en el Hecho Tercero de su escrito de demanda".

Según lo argumentado por la Juez de instancia, el Servicio Canario de Salud entiende que no hay informe médico de Facultativo Especialista de centro propio y/o concertado que haya prescrito la Hormona de Crecimiento por lo que la asistencia cuyos gastos reclama no tuvo el carácter de urgente, inmediata y vital, como exige el artículo que se entiende infringido. La actora optó voluntariamente por recibir asistencia médica no prestada a cargo de fondos públicos del sistema Nacional de Salud y que la financiación de los tratamientos con Somatropina (hormona de crecimiento) por el Servicio Canario de Salud precisa, según lo establecido en el Decreto del Gobierno de Canarias 61/97, de 30 de abril, autorización previa por el Comité asesor para la utilización Terapéutica de la Hormona del Crecimiento y sustancias relacionadas.

En los supuestos de asistencia sanitaria recibida fuera del Sistema Nacional de Salud, se exige que se trate de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. La urgencia vital implica perentoriedad y supone que la medida terapéutica es inaplazable hasta el punto de que cualquier demora determina grave peligro para la vida o integridad física del paciente, pudiendo así definirse la urgencia, como situación objetiva de riesgo que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios de la Seguridad Social, por lo que el peligro para la vida no justifica por sí sólo el derecho al reintegro, sino que es preciso justificar cumplidamente que aquél impedía precisamente recibir con igual premura la atención pública, siendo restrictiva la interpretación del precepto que se entiende vulnerado ( Sentencia de esta Sala de 22 octubre 2003 ), exigiendo además la comunicación a la entidad gestora, sin que baste ni siquiera a tales efectos la autorización o recomendación de un médico de la Seguridad social. Todos estos requisitos hay que ponerlos en relación con el caso de autos y todas las circunstancias concurrentes

Según la Jurisprudencia, para que el reembolso de los gastos sea procedente no es preciso que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, sino que basta con que racionalmente pueda representarse la probabilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables, para que podamos considerar que nos encontramos ante una situación de necesidad de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Esta materia resulta de un enorme casuismo, lo que impide formular reglas generales, y habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto para determinar la existencia de urgencia vital.

Esta Sala entiende que la demandante no precisaba una asistencia inmediata ni de carácter urgente y vital, ya que años antes de acudir al Instituto Biológico de la Salud padecía los síntomas de la enfermedad que le fue diagnosticada. No consta que la parte actora no pudiera utilizar los servicios sanitarios oficiales, sino que abandonando la medicina oficial acudió a la medicina privada fuera de la localidad, en Madrid. La sentencia de instancia pone de relieve que en el historial clínico remitido por el Hospital Universitario de

Canarias, el 26 de septiembre de 2001, menos de tres meses después de que a la actora se le diagnosticara **fibromialgia** por el Instituto Biológico de la Salud, la misma fue llamada a tratamiento por el Servicio de Reumatología del referido Hospital, interrumpiendo el mismo voluntariamente un día después por estar ya recibiendo tratamiento del citado Instituto en Madrid, consistente en oxitermia, fototerapia y complementos fitoterápicos, ante los que la actora decía que experimentaba mejoría.

Además tampoco ha quedado acreditado que el tratamiento con el producto "Saizen" y otros productos homeopáticos sea eficaz para tratar la **fibromialgia**, ya que el propio facultativo del Instituto Biológico de la Salud, Dr. Hugo, propuso en septiembre de 2001 la utilización de la hormona de crecimiento únicamente porque "ha sido utilizado en otros países para este tipo de casos en los cuales no existe un tratamiento definido para este síndrome", por lo tanto es un tratamiento de carácter experimental. Tampoco puso en conocimiento de la demandada que estaba siéndole suministrada por prescripción médica la hormona de crecimiento, pues ya se ha dicho que no basta para suplir dicha exigencia la autorización o recomendación de un médico de la Seguridad Social. No hubo denegación de asistencia, la actora abandonó la medicina pública y decidió viajar a Madrid para seguir siendo tratada en el Instituto Biológico, ya que no consta que exista autorización por parte de la medicina pública. Evidentemente esta Sala entiende que es humano que la parte acuda a un centro privado para recibir los servicios médicos que crea que le van a ir mejor, pero los mismos no están prestados a cargo de fondos públicos del Sistema Nacional de la Salud y el referido Real Decreto exige unos requisitos que tienen que haberse cumplido para poder tener derecho al reintegro de gastos solicitados, en este sentido esta Sala ha dictado sentencias como la de 8 marzo 2004, Recurso de Suplicación 846/2003, y la dictada en el Recurso de Suplicación 146/2003.

El medicamento cuyo reintegro y cobertura futura se pretende no ha sido prescrito por ningún facultativo especialista de centro propio del Servicio Canario de Salud, ni de centro privado concertado con la medicina oficial, además -según concluye la Juzgadora "a quo"- tampoco se ha cumplido con lo dispuesto en el *Decreto del Gobierno de Canarias 61/97, de 30 abril*, sobre la autorización previa por el Comité Asesor para la utilización Terapéutica de la Hormona del Crecimiento y sustancias relacionadas en orden a la financiación de tratamientos con la misma por la parte demandada ni, en su caso, a lo dispuesto en el *artículo 38 de la Ley 25/90, de 20 de diciembre* del medicamento.

No habiendo modificado lo relatado en los hechos probados y entendiendo que la resolución recurrida ha aplicado correctamente la normativa señalada, esta Sala desestimando el Recurso interpuesto confirma la sentencia de instancia.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación, interpuesto por Rebeca contra la sentencia del Juzgado de lo Social de referencia de fecha 10 de junio de 2004, en virtud de demanda interpuesta por la parte aquí recurrente contra Servicio Canario De Salud en reclamación de DERECHOS y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Devuélvanse los autos originales al JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de SANTA CRUZ DE TENERIFE, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes y con advertencia a las mismas de que contra la presente Resolución podrá interponer sólo Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral*, advirtiéndose, en relación con los dos últimos preceptos citados, que el depósito de los 300,51 euros (50.000 ptas.) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella y en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficiana 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004 de Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 3777 que esta Sala tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1101, de la calle Villalba Hervás, 12, 28002 de Sta. Cruz de Tenerife, haciendo constar el código nº 66 (Recursos de Casación Laboral) y a continuación número y año del rollo de suplicación, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Remítase testimonio a la Fiscalía de la Audiencia Provincial y librese otro testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior Sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/a Ponente, que la suscribe en el Sala de Audiencia de este Tribunal. Se envía testimonio a la Audiencia Provincial, en unión del correspondiente oficio de remisión. Doy fé.