

FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL RÉGIMEN DE MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

Comentario a la STSJ de Castilla y León de 22 de noviembre de 2016¹

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF

EXTRACTO

Se condena a una Mutualidad Administrativa de Funcionarios al reintegro del gasto de farmacia durante 24 semanas del tratamiento con los medicamentos necesarios para un paciente con hepatitis C. Se entiende que dicho tratamiento debe ajustarse a esos plazos, según el criterio de las doctoras que trataban al enfermo y por las circunstancias concretas que concurrían, frente a las 12 semanas de tratamiento, que con carácter general se contempla en la estrategia terapéutica de priorización para el uso de antivirales de acción directa, para tratar la hepatitis crónica por virus C, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. En ningún caso pueden prevalecer razones de ahorro económico para justificar la denegación de un tratamiento cuando ello puede incidir decisivamente en el derecho fundamental garantizado en el artículo 15 de la Constitución española.

Palabras clave: funcionarios públicos, mutualismo administrativo, derecho a la salud, gastos de farmacia y derecho al reintegro.

Fecha de entrada: 12-02-2017 / Fecha de aceptación: 23-02-2017

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Administrativo del 1 al 15 de febrero de 2017).

Gira el presente comentario doctrinal en torno al régimen de mutualismo administrativo al que están sometidos los funcionarios de carrera mediante el cual se les integra en una entidad administrativa, que recoge las prestaciones y descuentos en nómina de aquellos, a fin de satisfacer sus necesidades asistenciales en materias tan diversas como la jubilación, la incapacidad laboral, las prestaciones de sanidad, farmacia, etc., encontrándose al margen del Sistema de la Seguridad Social, al que están adscritos los trabajadores con carácter general, que están vinculados con su empleador a través de una relación laboral.

Este sistema de mutualismo administrativo también ha estado sometido en los últimos años a una pérdida continua de financiación por parte de las Administraciones Públicas que se ha traducido en una merma significativa de las prestaciones farmacéuticas, sociales y asistenciales de las que venían disfrutando los distintos colectivos de funcionarios. Buena muestra de ello es la sentencia que pasamos a comentar, y que por tener por objeto un caso que pudiéramos calificar como «sangrante», nos viene a mostrar con toda su crudeza las penurias que no pocos funcionarios han pasado, sobre todo los más necesitados de protección social.

Nos encontramos ante un funcionario perteneciente a MUFACE (la que integra a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, con un número de titulares que se acercaba al millón, en el año 2013, y con más de 550.000 beneficiarios), que fue objeto de un trasplante hepático a causa de una cirrosis provocada por el virus de la hepatitis C, en un hospital de Valladolid. A causa de que a pesar del trasplante seguía padeciendo hepatitis C, a comienzos del año 2015, los médicos consideraron oportuno prescribirle, durante un periodo de 24 semanas, el tratamiento con los nuevos medicamentos para el tratamiento eficaz de la hepatitis C, que son de sobra conocidos que alcanzan un alto precio de adquisición (12 semanas de tratamiento, aproximadamente, 18.000 €).

Ni que decir tiene que la problemática de que un solo laboratorio ostente la patente de la molécula que provoca la curación de la enfermedad ha causado situaciones un tanto disparas en lo relativo al coste del tratamiento en función del país que adquiera el medicamento. A título de ejemplo señalar que el tratamiento durante 3 meses en EE. UU. alcanza un coste de 84.000 dólares, en España 25.000 euros, mientras que en Egipto no llega a los 1.000 dólares. Incluso hay países como la India que en un principio mostraron su negativa a reconocer la patente a la farmacéutica descubridora del principio activo, decisión que abría la posibilidad a

la producción y exportación de tratamientos genéricos a un precio por paciente de entre 100 y 200 dólares cada tres meses, si bien luego dio marcha atrás ante la presión de la farmacéutica.

Así, el interesado presentó ante MUFACE la solicitud de reintegro especial de estos gastos extraordinarios en farmacia, derivados de la dispensación hospitalaria de los fármacos prescritos, siendo así que el Departamento de prestaciones de MUFACE se muestra favorable a la dispensación de los medicamentos únicamente por 12 semanas, en lugar de las 24 prescritas, si bien también se le informa que a la finalización de este periodo inicial de 12 semanas, el interesado debe presentar una analítica que muestre la carga viral por hepatitis C, actualizada a dicho periodo.

Disconforme el interesado, se hace con un informe clínico emitido por la especialista en el que se reafirma que el tratamiento ha de tener una duración de 24 semanas, atendida la grave patología del mutualista, siendo respondida tal decisión de nuevo por MUFACE indicando que a las 12 semanas ha de presentar informe de laboratorio para mostrar la carga viral. Así presenta 3 informes, de los que MUFACE extrae la conclusión de que la carga viral es negativa, no procediendo, en consecuencia, una continuación de más de 12 semanas de tratamiento. Precisar que la factura emitida por el centro hospitalario como consecuencia de la prescripción de los medicamentos contra la hepatitis C alcanzaba un importe global de casi 44.000 euros.

Ya solo restaba que el director provincial de MUFACE dictara resolución acordando el reintegro de los gastos de farmacia por 12 semanas, denegando la prórroga por idéntico periodo. Reacciona el interesado interponiendo recurso de alzada que es denegado por el secretario general técnico, por resolución dictada por delegación del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Finalmente interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid).

Ya desde el inicio de la exposición de los razonamientos contenidos se va atisbando que la posición de la Sala va a ser favorable a las pretensiones resarcitorias del actor, pues la *ratio decidendi* de la Sentencia se va a inspirar en la declaración en sede judicial de las dos facultativas que han tratado la afección hepática del recurrente, y que de una manera rotunda vienen a afirmar la necesidad indispensable de un periodo de tratamiento farmacológico de 24 semanas, precisando el error en que había incurrido MUFACE al tomar como dato esencial para denegar la totalidad del reintegro solicitado que la carga viral fuera negativa a las 12 semanas, pues ello no significa que el paciente este curado, siendo así que dicha negativización aparece casi de forma automática al iniciar el tratamiento farmacológico, de manera que solo cabe estar seguros de la curación cuando la analítica de la carga viral se efectúa entre las 12 y 24 semanas de tratamiento. Concluyen que no actuar así, pone en una situación de grave riesgo al enfermo, que incluso a raíz de la suspensión anticipada puede ver agravada su enfermedad.

Posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León expone la normativa que viene a regir la materia y que se concreta en el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en el que se viene a precisar que la prestación farmacéutica

de los funcionarios tiene la extensión determinada para el resto de los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, aunque estableciéndose un copago de una cantidad porcentual por receta o, en su caso, por medicamento, viniendo determinada la extensión de la prestación en los artículos 79 y 80 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, en los que se preceptúa un régimen similar al establecido en la Seguridad Social, con exclusiones idénticas, dejando un cierto margen de discrecionalidad siempre y cuando los facultativos consideren que la prescripción de un medicamento que, en principio pueda ser excluido, sea conveniente para la sanación del paciente.

Ahora bien, en supuestos excepcionales, como el que aquí nos ocupa, la Administración tiene establecido un sistema de visado, reconocido en los artículos 94.6 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y 19.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, con la finalidad de someter a una previa autorización la financiación de ciertas especialidades farmacéuticas que sean especiales con destino a tratamientos especiales, siendo así que con respecto a los nuevos medicamentos cuya finalidad es eliminar del organismo el virus de la hepatitis C, se ha establecido por parte del Sistema Nacional de Salud una estrategia de dispensación de estos medicamentos atendido el alto coste de los mismos y el significativo número de enfermos de hepatitis C (se calcula que hay 900.000, aunque por «suerte» para el sistema 500.000 lo desconocen), y que viene a establecer que, cuando el resultado de la carga viral es negativo, no procede una continuación de más de 12 semanas de tratamiento, de forma que MUFACE al preciar que la carga viral del recurrente está negativizada consideró que no procedía la ampliación del tratamiento.

Una vez delimitados los términos del debate, la Sala trae a colación principios constitucionales relativos al derecho a la protección de la salud de los ciudadanos, consagrado en el artículo 43 de la CE, derecho que dada su ubicación dentro del texto constitucional no cabe ser considerado *strictu sensu* como un derecho fundamental, aunque el artículo 15 de la CE viene a dotar de una especial protección el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de los individuos (art. 15 CE), situando la Sala en este ámbito privilegiado de protección la situación del recurrente toda vez que su vida se encuentra en peligro, atendida la grave patología que sufre y que puede ser sanada a través del tratamiento cuya financiación le ha sido denegado.

En este sentido resulta muy ilustrativa la doctrina aportada en la Sentencia de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y que vienen a consagrar que el derecho a la salud no puede verse, en modo desvirtuado por un eventual ahorro económico invocado por las Administraciones Públicas, atendida la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad.

Pero el verdadero problema que se plantea en el presente caso es el establecimiento de los límites de la libertad de prescripción de los facultativos y, si una vez autorizada la prescripción y financiación de unos determinados medicamentos por la Administración competente, esta pueda establecer unos criterios o estrategias que prevalezcan sobre los del facultativo de forma que, si no se acomodan a aquellos, no son financiados por los recursos públicos.

En este sentido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 18 de diciembre de 2014 nos dice que «... la prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el periodo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad...», doctrina que no hace sino reafirmar lo dispuesto en el artículo 85.1 de la ya citada Ley 29/2006, del Medicamento, al expresar que «1. La prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la sostenibilidad del sistema». Estas previsiones no implican, a juicio del Tribunal Supremo (STS de 29 de mayo de 2011), un control acerca de cómo debe el médico ejercer su profesión, «pues ni al médico de la Seguridad Social ni al médico del Servicio Público de Salud, la norma le impone un determinado ejercicio profesional, o actuación, ya que uno y otro, usando de su ciencia y prudencia pueden actuar como estimen conveniente incluso aunque no coincidan en la solución o discrepen».

Así, el principio general que rige esta cuestión se asienta en un principio que es que el facultativo debe ajustarse a las guías y protocolos asistenciales, siendo así que en ocasiones dichos parámetros no van de la mano y es cuando el médico considera esencial prescribir un fármaco que o bien no está en la cartera de servicios o aun estando discrepa de la forma y manera en que el mismo ha de dispensarse, decisión médica que a todas luces implica un sobrecoste para el Sistema Nacional de Salud.

Lo expuesto revela que nos encontramos ante una cuestión extremadamente casuística. Y ello porque en cada caso se deberá efectuar un examen pormenorizado de cada caso que ha de solventarse mediante una ponderación de las circunstancias concurrentes, sopesando la incidencia que la decisión pueda tener sobre el derecho a la protección a la salud en relación con el artículo 15 de la CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de forma que si el derecho fundamental resulta lesionado no puede prevalecer la denegación del medicamento por meras razones de ahorro económico.

En este caso nos encontramos, por un lado, ante la procedencia de la financiación del tratamiento durante 12 semanas porque es lo recomendado en las guías que con relación a la hepatitis C tiene el Sistema Nacional de Salud, aunque también se reconoce que con fundamento en circunstancias excepcionales dicho tratamiento se puede bien acortar, bien alargar. Ello siempre con la finalidad de atender preferentemente a una serie de enfermos de hepatitis C cuya vida está comprometida, debido a lo avanzado de su patología.

Y es precisamente esta cláusula la que permite al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimar las pretensiones del recurrente y estimar el recurso, pues en definitiva, estando autorizada la financiación de estos medicamentos contra la hepatitis C, en supuestos excepcionales en los que el paciente presenta, de conformidad con la prueba practicada una grave recidiva de la enfermedad sobre el injerto hepático tras un trasplante por cirrosis, una situación crítica,

el límite temporal de 12 semanas no puede ni debe ser observado, pues de no ser así la vida del paciente peligraría, al hacerse resistente el virus por una cesación de la medicación prematura, amparando su criterio en las guías clínicas existentes, criterio que no ha acreditado la Administración demandada que sea erróneo o arbitrario con una prueba suficiente.