

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

SENTENCIA Nº 169.

Montevideo, veintiséis de mayo de dos mil once.

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE CUARTO TURNO.

Ministro Redactor: Dr. Juan P. Tobía Fernández

Ministros Firmantes: Dr. Eduardo J. Turell

Dra. Ana M. Maggi

AUTOS: “RODRIGUEZ, ALLISON C/ ESTADI-PODER EJECUTIVO y otros – PROCESO DE AMPARO Y RECURSO DE QUEJA” – Ficha Nº 2-11.023/2011.

I) El objeto de la instancia es delimitado por los contenidos del recurso de apelación interpuesto por la coaccionada contra la sentencia Nº 40 de fecha 8 de abril de 2011 dictada por la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2º Turno Dra. Loreley B. Pera Rodríguez por la que, admitiéndose parcialmente el accionamiento promovido, se impuso al Estado – Ministerio de Salud Pública – la entrega a la actora del medicamento “Cetuximab” en el término de tres días hábiles y perentorios, hasta el momento en que el Ministerio indicado decida incluirlo o no en el Formulario Terapéutico de Medicamentos, sin especiales condenaciones procesales (fs. 680-694).

II) Sostuvo la recurrente, en lo concreto y sintéticamente, que no puede compartirse la decisión cuestionada en tanto no se han configurado los extremos exigidos por la ley que hagan lugar a la admisión de la acción de amparo impetrada respecto de su parte.

En la especie no se visualiza de manera acabada cual es el acto lesivo manifiestamente ilegítimo del Ministerio de Salud Pública (en adelante M.S.P.), que justifique la acción de amparo.

A la luz de todas las disposiciones legales que fueron invocadas, corresponde expresar que de ninguna manera procedió con ilegitimidad manifiesta o con omisión o retardo. Por tanto y teniendo en cuenta que existe ilegitimidad siempre que exista un acto o hecho contrario al ordenamiento jurídico, no se cumple con el requisito de admisibilidad de la acción impetrada.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

Las consideraciones vertidas por la sentenciante en la impugnada vulneran el principio de separación de poderes y desconoce los cometidos y funciones que la Constitución le impone al M.S.P. La Constitución y demás normas citadas le cometen al M.S.P. el deber de velar por la higiene y la salud pública, pero en ningún momento le coloca en una situación jurídica de deber y poder dispensar directamente por si medicación a la población. Es claro y evidente que nuestro ordenamiento jurídico no pone al M.S.P. como organismo dispensador de medicamentos, sino que le confiere el cometido exclusivo de adoptar las medidas que estime necesarias para mantener la salud colectiva. Los cometidos que la Constitución y la ley le atribuyen al M.S.P. constituyen normas de cumplimiento inmediato e incuestionable, especialmente la actualización de Formulario Terapéutico de Medicamentos.

La sentenciante parte de un presupuesto erróneo en su valoración de lo que resulta ser una falta de servicio manifiestamente ilegítima, como es el hecho de que un medicamento haya sido autorizado por esta cartera para su comercialización con el hecho de que el mismo sea incluido en el FTM, procedimientos totalmente diferentes.

En lo que respecta al registro de medicamentos para su comercialización el M.S.P. exige determinados requisitos al momento de registrar un medicamento para la venta y los criterios que se toman para ello, determinados por el decreto 324/99.

Esto no debe ser confundido con los criterios técnicos que se tienen en cuenta para resolver la incorporación de un medicamento en el FTM y a su vez decidir en cual de los anexos se debe incorporar.

El hecho de que este medicamento haya sido autorizado por FDA, EMEA, por Argentina o Brasil no quiere decir que estos países lo otorguen de manera gratuita a la población.

Contrariamente a lo que expresa la magistrada actuante del M.S.P. ha manifestado que dicho medicamento no ha sido incluido en el formulario precitado debido a que esta Secretaría no ha recibido ninguna solicitud formal a fin de proceder en tal sentido.

Asimismo cabe destacar que la última actualización del FTM se realizó en diciembre de 2009, según ordenanza ministerial Nº 716 de 2009, con lo cual la actividad de revisión del formulario de referencia viene siendo cumplida, para que la incorporación del medicamento sea estudiada en caso de que la misma sea planteada.

No existe actuar ilegítimo del M.S.P. ya que en cumplimiento de sus cometidos por velar por la salud pública, evalúa con la mayor racionalidad la inclusión o no de un medicamento en el FTM en beneficio

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4^oT^o

de la población.

Por otra parte tampoco se ha demostrado en autos que el medicamento requerido por el actor le sea eficaz o que hayan bajado sus marcadores tumorales.

No hay dudas que el derecho a la salud y dentro del mismo el derecho al acceso a los medicamentos del actor no se viola con la negativa al suministro del mismo.

Solicita en definitiva y en lo concreto, se revoque la sentencia apelada con las consecuencias inherentes al efecto (fs. 696-706).

III) Del recurso interpuesto se confirió legal traslado y al evacuarlo abogaron los convocados comparecientes por la desestimatoria de los agravios contrarios en las fundamentaciones desarrolladas, se franqueó la correspondiente alzada y recibidos los autos en la sede se dispuso para el dictado de la decisión pendiente en legal forma (fs. 708, 712-713, 715-724, 726, 739, etc.; arts. 10 y conc. Ley N° 16.011).

IV) Liminarmente cabe precisar que, para que prospere el amparo deben concurrir los elementos objetivos reseñados en los arts. 1 y 2 de la Ley 16.011.

En este tipo de accionamiento, sumarísimo y excepcional, es necesario que se configuren acumulativamente todos los elementos objetivos y subjetivos previstos fundamentalmente en los arts. 1° y 2° de la ley N° 16.011, desde que

se encuentran en una relación de complementariedad tal que "deben concurrir todos ellos, en una estructura conceptual por la que no se entiende uno sin los otros." (Viera, La ley de Amparo, pag. 21).

Es criterio firme del Tribunal que los presupuestos sustanciales del amparo deben apreciarse con rigurosidad habida cuenta que por su esencia, y por ser un remedio extraordinario y por lo tanto de carácter excepcional y restrictivo, el amparo es procedente en los casos que de un modo claro, preciso y manifiesto, se acredite la restricción ilegal a los derechos

individuales establecidos en la Constitución, o una amenaza inminente de que aquello pueda razonablemente ocurrir, y cuando no exista en los procedimientos administrativos o judiciales normales la vía necesaria de protección que

permitiera obtener el mismo resultado perseguido en el proceso (Viera y colaboradores, La Ley de amparo, p. 14, 21, etc.; L.J.U., c. 10482; de la Sede Sents. Nos. 18/89; 13, 116/98; 123/99; 175/01; 201, 281/02; 240/04, etc.).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

Que el art. 4 inc. 2 de la ley establece un plazo de caducidad o de extinción del derecho a accionar a su vencimiento, pues como se señala la acción deberá ser interpuesta "... dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión caracterizado por el art. 1º ...".

También es criterio del Tribunal que la vía del amparo no es excluyente de los recursos administrativos que el afectado debe movilizar para evitar que el acto se torne definitivo, porque no puede mediante el amparo pretenderse la ineficacia de una actuación firme de la administración y que al mismo tiempo y para evitar los perjuicios derivados del tiempo que insume su tramitación nada impide accionar en la vía del amparo procurando una inmediata actuación que tutele el derecho o libertad presuntamente lesionado (ampliamente de la Sede Sents. Nos. 86, 151/98; 87/02; 94/05; 66/06; etc.).

Y que debe advertirse sobre la necesidad de precaver su mal uso, pues no tiene ni puede tener la virtud de ser medio genérico, universal,

totalizador, capaz de suplir todas las acciones y recursos establecidos en la ley (Rippe, en ADC, Nº 4, p. 293-296; de la Sede Sent. cit., etc.).

Con tales entendimientos, se estima que los agravios implementados por la recurrente no habilitan al dictado de decisión revisiva del fallo apelado según se intentará explicitar a continuación.

En lo inicial, porque debe de verse que no existió presentación personal de la accionante ante el Fondo Nacional de Recursos (en adelante F.N.R.) conforme documentación incorporada (ver nota del 22/3/2011 en fs. 67), razón por la cual, no puede compartirse la proposición inicial de la apelante (fs. 626-634) sobre necesario recorrido de la vía administrativa (disposiciones aplicables de Ley Nº 16.343 y Decreto Nº 358/1993), con la consecuencia de que el accionamiento no puede entenderse formalmente perjudicado.

Por igual, ante la negativa al suministro de la medicación operada por FNR antecedente al proceso (ver fs. 67), no puede reclamarse se movilizara el procedimiento edictado por Ley Nº 16.343 y art. 10 del Decreto Nº 265/2006 como necesaria portada al proceso de amparo intentado como también patrocina la recurrente.

En lo sustancial, estiman los concurrentes a la decisión, como ha señalado el similar de Sexto Turno (Sent. Nº 36/2001 en fs. 131-141), "...que la salud es un bien jurídico íntimamente ligado a la vida, a la integridad corporal, psíquica y moral de un sujeto, a su calidad de vida y al desarrollo de su personalidad. Ante todo, el derecho a la salud implica que el ser humano tiene derecho a la debida atención profesional para cuidarla, para prevenir enfermedades, para encontrar dónde atenderse y dónde recibir los tratamientos necesarios para su recuperación (cf. Bidart Campos, El orden

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

socioeconómico en la Constitución, p. 306).

El derecho a la salud es, entonces, un derecho humano y, como tal, goza de protección internacional y constitucional, lo cual habilita el accionamiento en vía de amparo ...”

Con tales entendimientos, estima la Sra. Ministro Dra. Maggi que el argumento de la recurrente basado en que como el medicamento “Cetuximab” no estaba incluido en el Formulario Terapéutico de Medicamentos (en adelante FTM), no se la podía obligar a proporcionarlo en vía de amparo, porque no hubo un actuar ilegítimo de su parte, no es de recibo.

En primer lugar, porque se probó ampliamente en las actuaciones que el “Cetuximab” es el único medicamento que necesita la accionante para paliar y contener su enfermedad, como resulta de las aportaciones del médico tratante, Profesor Adjunto de la Cátedra de Oncología de la Facultad de Medicina, quien es contundente en cuanto a que este medicamento, combinado con la quimioterapia, es el que puede aportar una sobrevida mayor libre de progresión (ver fs. 65, 653vto.-657vto.).

Lo que se corrobora con la información pericial incorporada (fs. 660-661), que no fuera observada o impugnada por los interesados (arts. 183 y conc. C.G.P.; Véscovi y colaboradores, Código Gral. del Proceso, T. 5, p. 344 y ss.), y en relación a la cual no existen elementos que habiliten a disponer frontal apartamiento en los criterios correspondientes de su valoración (arts. 140, 184 y conc. C.G.P.; Véscovi y colaboradores, op. cit., p. 352 y ss.; de la Sede Sents. Nos. 80/04; 304/05; 87/07; 20/08; 286/10 y otras en ellas citadas).

En segundo lugar, porque se trata de un medicamento avalado tanto a nivel internacional (ver fs. 77-85, 660-661) como nacional (ver fs. 89-100, 169-443) conforme Pautas de Oncología elaboradas por el Servicio de Oncología Clínica (Facultad de Medicina-UDELAR) y elevadas al Programa Nacional de Cáncer con fecha 2/2/2010.

Por demás, porque se comprueba que el M.S.P. aprobó su comercialización el 5/3/2009 y el referido ingresó al mercado con fecha 20/3/2009 (fs. 87).

Con tales antecedentes, concluye la Sra. Ministro Dra. Maggi que el M.S.P. debe proporcionar el medicamento a la reclamante, aún cuando no esté incluido en el FTM, por lo menos, durante el largo y complicado trámite burocrático que insume su inclusión, y ello, por la sencilla razón de que dicha Cartera es la encargada de preservar la salud de los habitantes, bien fundamental que no puede estar supeditado a las contingencias de un trámite burocrático de tal naturaleza, que bien puede durar meses e, inclusive, años; por lo que debe inferirse que mediante el cumplimiento de los requisitos formales que el apelante alega para fundar su negativa a suministrar el medicamento (inclusión en FTM, así como la necesidad de cumplir con el procedimiento técnico-científico a tales efectos), se está, en puridad,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4^oT^o

desconociendo derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Sin perjuicio de anotar, en especial, y en relación con el tema del derecho prestacional, que el art. 44 inc. 2 de la Carta es claro cuando dice que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y asistencia a las “personas de recursos insuficientes”, lo que acontece subespecie según ingresos de la gestionante (fs. 104) y altos costos de la medicación recomendada (ver fs. 101, 653vto.-657vto.).

Y por demás, que si bien no se acreditó que en vía administrativa ante el M.S.P. se hubieran articulado solicitudes formales para la inclusión en FTM del medicamento (por la paciente o entidades de la salud competentes) (ver especialmente fs. 653vto.-657vto.; etc.), también es cierto que de lo que aquí se trata es que la accionante no se vea privada de un medicamento esencial para su salud durante el tiempo que insuma dicho trámite, medida que resulta imprescindible si se tiene en cuenta, nada menos, que está en juego la posibilidad de que el paciente continúe con vida.

Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Turell y el redactor, aún cuando estiman que no puede determinarse ilegitimidad manifiesta en el accionar del M.S.P. por la no inclusión del medicamento en el FTM, como se ha sostenido en casos similares en argumentaciones a las que conviene remitirse evitando inútiles reiteraciones (ampliamente TAC. 5to. en Sents. Nos. 107/09 y otras en ellas citadas, etc.), según las particularidades del procedimiento técnico-científico para la inclusión y sistema de actualización vigente para el FTM (Decretos Nos. 265/2006 y 4/2010 y demás disposiciones aplicables); y que, de principio, la obligación de suministrar el medicamento a la actora que se habilitó en la sentencia cuestionada excede con creces las funciones propias del M.S.P. relacionadas con la política de la salud como también se ha determinado en decisiones en casos similares en desarrollos a los que conviene remitirse en aras de la brevedad (ampliamente TAC. 5to. en Sents. Nos. 107/09, etc.; TAC. 6to. Sents. Nos. 209/09, etc.), igualmente concluyen en que la solución confirmatoria preanunciada aparece para el caso ajustada.

Debe admitirse que la solución de admisión (arts. 130.2, 340.3 y conc. C.G.P.), sólo alcanza a los hechos, a las plataformas fácticas planteadas, con exclusión de los fundamentos jurídicos que puedan haber sido invocados por los pretensores, debiendo entenderse por tales no solo la concreta norma que se pretende hacer valer sino también la valoración de los hechos a la luz de las proposiciones jurídicas y las consecuencias jurídicas de los hechos alegados, que quedan sometidos a la actividad del juez en posibilidades de intervención “iura novit curia” (de la Sede Sents. Nos. 224/01; 306/06; 27, 320/07; 208/08, etc.).

Para el caso, conforme contenidos de la demanda promovida (fs. 142-156 especialmente lit. D. en fs. 144vto.-145) y propios de la contestación formulada por la hoy recurrente (fs. 626-637), debe

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

necesariamente convenirse que resulta hecho admitido el que el M.S.P. se encuentra suministrando el mismo medicamento a otros enfermos que padecen la misma enfermedad que la gestionante, el que, por demás, aparece como puntualmente comprobado en las actuaciones (médico tratante en fs. 654vto.-657vto.; informe pericial en fs. 660-661 especialmente en num. 8; acord. Ficha Nº 2-25.211/2010 en fs. 76-77, 147, 148-157, 178-183; acord. Ficha Nº 2-9750/2010 en fs. 394-419, 469-482; acord. Ficha Nº 2-55.702/2010 en fs. 232-246, etc.).

Porque tal emergencia, determina que la negativa del M.S.P. a suministrar el medicamento postulado en el caso en análisis devenga flagrante violación al principio de igualdad contemplado en arts. 8 y 72 de la Carta, derivado del principio básico de respeto a la dignidad humana, que impone tratar a las personas de modo igualitario que no supone la igualdad absoluta como concepto de perfecta equivalencia, sino que consiste en tratar a los iguales, igualmente, y a los desiguales, desigualmente, y en proporción a su desigualdad; es decir, que si bien el principio de igualdad no impide establecer diferencias de trato en la medida en que existan diferencias relevantes, la existencia y relevancia de esas diferencias deben estar debidamente justificadas, señalando aspectos de hecho y conforme criterios de razonabilidad (cf. TAC. 6to. en Sent. Nº 36/11 en fs. 131-141; TAC. 1ero. en Sent. Nº 93/10; TAC. 3º Sent. Nº 3/11; de la Sede Sents. Nos. 38/11, etc.).

Precisamente, emerge que la conducta del M.S.P. importa una ilegitimidad manifiesta al suministrar el medicamento a otros pacientes y negarse a proporcionárselo a la accionante que sufre idéntica patología y con respecto a quien se acredita la urgente necesidad de contar con el medicamento para el adecuado tratamiento de sus padecimientos, porque no existen diferencias según aspectos de hecho y criterios de razonabilidad que justifiquen el trato desigual.

Lo que enerva integralmente la defensa fincada en que su primordial obligación es la de atender el interés general y que no es su cometido proporcionar medicamentos en situaciones particulares, habida cuenta que no puede pretender exonerarse del suministro del medicamento en el caso en exámen cuando, paralelamente, con su propia actuación exorbita o excede los que postula como sus cometidos esenciales (arts. 160, 168 num. 4, 181 inc. 8 y conc. de la Carta; Leyes Nos. 9202, 15.181, 17.930, 18.211, 18.355 y demás disposiciones aplicables) en sencilla actuación subespecie de la denominada "teoría de los actos propios" (Sent. cit., etc.); lo que también se comparte por la restante integrante de la Sala.

V) No existen méritos para la imposición de especiales condenas procesales en el grado (arts. 688 C.C.; 56, 261 C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, disposiciones enunciadas y aplicables, el Tribunal FALLA:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 169/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 4^oT^o

Confirmando la sentencia apelada en el extremo preciso de agravio, sin especiales condenaciones procesales.

Oportunamente, devuélvanse.