

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 179/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

SENTENCIA Nº 179.

Montevideo, siete de junio de dos mil once.

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE CUARTO TURNO.

Ministra Redactora: Dra. Ana M. Maggi

Ministros Firmantes: Dr. Juan P. Tobía Fernández

Dr. Eduardo J. Turell

AUTOS: "HERNANDEZ GONZALEZ, ELIU AQUILIANO C/ ESTADO-PODER EJECUTIVO-M.S.P. – ACCION DE AMPARO" – Ficha Nº 2-13.991/2011.

I) El objeto de la instancia está delimitado por el recurso de apelación interpuesto por el representante del M.S.P. contra la sentencia definitiva Nº 45/2011 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno, Dra. Loreley Pera que hizo lugar a la acción de amparo y le impuso al Estado-M.S.P. -la entrega al actor del medicamento CETUXIMAB- en el término de tres días hábiles y perentorios hasta el momento en que el M.S.P. decida incluirlo o no en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. Dispuso para el caso de incumplimiento por el M.S.P. una astreinte de UR 100 diarias. Sin especial condenación.

II) Sostuvo la parte demandada en su recurso, que en el caso de autos no se han

configurado los extremos exigidos por la ley respecto a la admisión de la acción de amparo. En toda instancia el M.S.P. actuó con entera legitimidad conforme lo prescribe la Constitución y la Ley, por lo que no puede catalogarse su actuar como manifiestamente ilegítimo u omisivo. En la especie no se visualiza de manera acabada cual es el acto lesivo manifiestamente

ilegítimo del M.S.P., no estamos ante una actividad administrativa del M.S.P. manifiestamente ilegítima. A la luz de todas las disposiciones legales que fueron invocadas, cabe expresar que el M.S.P. de ninguna manera procedió con ilegitimidad manifiesta o con omisión o retardo.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 179/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

Teniendo en cuenta que existe ilegitimidad siempre que existe un acto o hecho contrario al ordenamiento jurídico, no se cumple el requisito de admisibilidad más importante de la acción impetrada. La sentencia viola de manera manifiesta las disposiciones constitucionales establecidas en los arts. 44, 168, 181 las disposiciones de la ley 9.202 así como la separación de poderes y de autonomía del Poder Ejecutivo. La Constitución y las demás normas citadas 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 de poder dispensar directamente por si medicación a la población, ya que no es marco de su competencia. Es claro y evidente que nuestro orden 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. El obrar del M.S.P. es acorde a la regla de derecho que verifica que cumple con la máxima diligencia en sus cometidos de policía sanitaria, según criterios estrictamente técnicos porque la inclusión o no de un medicamento en el FTM no es arbitraria. La incorporación de medicamentos al FTM debe actualizarse anualmente y dicha actualización debe ser precedida de los requisitos establecidos por el Decreto que fuera aprobado últimamente por el Poder Ejecutivo. Al carecer de objeto la demanda contra el M.S.P., al haberse cumplido con las prestaciones pretendidas corresponde por derecho que se revoque la sentencia impugnada. 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, porque la actora nunca ha sido sometida al tratamiento con CETUIMAX. El organismo estatal ha cumplido de manera cabal con sus cometidos y con los requerimientos exigidos no existiendo omisiones

del M.S.P. conforme a lo establecido en la Constitución o la Ley. Estando el derecho a la protección de la salud y a las prestaciones de salud del art. 44 de la Constitución regulado por ley, que se ajusta a los tratados internacionales, no es ilícito que un Juez en la vía de un juicio sumario de amparo desaplique la ley, pretendiendo la aplicación directa de la Constitución, fijando la política sanitaria del Estado.

III) Sustanciado el traslado conferido, sostuvo la parte actora que la demandada suministra voluntariamente el mismo fármaco que pretende la amparista a otro enfermo que padece el mismo mal. Este hecho fue invocado expresamente en el escrito de demanda y en los alegatos no siendo

controvertido por la parte demandado. Se vulnera, entonces, el principio de igualdad.

Solicita se confirme la decisión apelada.

IV) Los agravios expresados en el recurso de apelación interpuesto por M.S.P. no se estiman de recibo y en consecuencia se confirmará la muy fundada decisión de primera instancia en virtud de las razones que se habrán de explicitar a continuación.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 179/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

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

La acción de amparo es un medio procesal reservado para casos en los que por falta de otros medios legales se encuentran comprometidos derechos fundamentales.

Véscovi afirma que "en general los autores y las propias legislaciones que lo han regulado hacen del amparo un procedimiento rápido y sencillo como forma rápida de lograr el fin (preventivo) de la protección de los derechos humanos fundamentales. Por eso se le asimila al proceso cautelar..."("Principales Perfiles del Amparo en el Derecho Uruguayo". R.U.D.P., 4/1986, pág. 487).

Si bien no existe previsión constitucional expresa en relación a la Acción de Amparo, se ha interpretado que se trata de una garantía implícita en los arts. 7, 72 y 332 de la Carta.

La ley N° 16.011 regula la Acción de Amparo con una protección amplia en cuanto se tutelan todos los derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución; refiere a todo acto, hecho u omisión.

La legitimación activa es sin limitaciones: puede promoverla cualquier persona física o jurídica, pública o privada titular de un derecho (se ha entendido por la doctrina que también tiene legitimación el titular de un interés legítimo protegido por la Constitución); en cuanto a la legitimación pasiva se admite también contra particulares; procede no solo en caso de lesión, alteración o restricción de un derecho o libertad sino también en caso de amenaza que produzca o vaya a producir un daño irreparable.

Debe existir ilegitimidad manifiesta, lo que se ha interpretado en el sentido de que la ilegitimidad debe surgir en forma clara, del propio acto.

Se trata de un proceso contencioso y sumario en el que se establece un plazo de caducidad de 30 días desde que se produjo el acto, hecho u omisión (Viera, Luis Alberto, La acción de Amparo, Ed. Idea).

Si bien, como se expresó precedentemente, la Acción de Amparo brinda una protección amplia para los derechos constitucionales doctrinariamente se ha criticado que alguno de los requisitos exigidos por la ley implican limitaciones a la protección que establece la Constitución (por ej. la caducidad).

VI) En el subexánime, se reclama la tutela efectiva de derechos reconocidos por la Constitución como son el derecho a la vida y a la salud.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 179/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

En la Sentencia Nº 169/2011 la Sala se ha pronunciado en otra Acción de Amparo en el que se plantea igual pretensión que la de autos por lo que se habrá de reproducir lo expresado en la indicada con las referencias al subexámene que pudieran corresponder 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 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..."

En virtud de ello para la Redactora el argumento del 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 el accionante para paliar y contener su enfermedad, como resulta de las aportaciones de la médico tratante, Dra. Araceli Ferrari (fs. 287-288) y la información pericial incorporada del Dr. Lyber Alejandro Saldombide Mauad . 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 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 como nacional 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 lo demás, el M.S.P. aprobó su comercialización el 5/3/2009 y el referido ingresó al mercado con fecha 20/3/2009.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 179/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

Con tales antecedentes, considera la Redactora que el M.S.P. debe proporcionar el medicamento al reclamante, aún cuando no esté incluido

en el FTM, y ello, por que a dicho Ministerio corresponde preservar la salud de los habitantes, bien fundamental que no puede estar supeditado a las contingencias y dilaciones de un trámite burocrático, 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, 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 clara cuando dice que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y asistencia a las

“personas de recursos insuficientes”, lo que se da en la especie atento a los altos costos de la medicación recomendada.

Por su parte, los Sres. Ministros Dr. Turell y el Dr. Tobía concluyen en que la solución confirmatoria resulta para el caso ajustada., 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 (T.A.C. 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 T.A.C. 5to. en Sents. Nos. 107/09, etc.; T.A.C. 6to. Sents. Nos. 209/09, etc.).

En el caso, conforme a los contenidos de la demanda promovida (fs. 47-58) y de la contestación (fs. 277-285), debe necesariamente convenirse que resulta hecho admitido que el M.S.P. se encuentra suministrando el mismo medicamento a otros enfermos que padecen la misma enfermedad que el accionante, el que, por demás, aparece como comprobado en las actuaciones (médico tratante en fs. 286 vta.-288.; informe pericial en fs. 271-272, acord. Ficha Nº 2-55.702/2010, acord. Ficha Nº 2-55.702/2010 en fs. 148-149, 156, 232-246). Los elementos convictivos antedichos conduce a la Sala a concluir que la negativa del M.S.P. a suministrar el medicamento postulado en el caso en análisis

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 179/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 4ºTº

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. Ello 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. T.A.C. 6to. en Sent. N° 36/11 en fs. 131-141; T.A.C. 1ero. en Sent. N° 93/10; T.A.C. 3º Sent. N° 3/11; de la Sede Sents. Nos. 38/11, etc.).

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. 9.202, 15.181, 17.930, 18.211, 18.355 y demás

disposiciones aplicables) en actuación de la denominada "teoría de los actos propios" (Sent. cit., etc.); lo que se comparte por todos los integrantes de la Sala.

VII) No existe mérito 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:

Confirmando la sentencia apelada, sin especiales condenaciones procesales.

Oportunamente, devuélvase.