

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

SENTENCIA Nº 52

Red.Dra. Alicia Castro

Montevideo, 11 de mayo de 2011

VISTOS:

Para sentencia de segunda instancia los autos “Galán Morales, Daniel y otros c/ Círculo Católico de Obreros del Uruguay y otros – Daños y perjuicios” I.U.E. 2-56263/2007, provenientes del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 18º Turno en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva N°83 del 13/9/10 dictada por la Dra.Estela Jubette (fs.648/656).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

R E S U L T A N D O:

1) Según surge de estas actuaciones, Daniel Galán como afiliado al Círculo Católico de Obreros del Uruguay, su cónyuge e hijos promovieron acción reparatoria de daños contra esa institución de asistencia médica colectiva y contra sus médicos dependientes Dres. Ignacio Musé y Anuar Abisab.

Luego de relatar que el afiliado fue asistido por un tumor cerebral benigno, señalan que el Dr.Musé prescribió radioterapia más un fármaco ("temozolamida") y el Dr.Abisab y la mutualista demandada se negaron a proporcionárselo a menos que pagara la suma de U\$S 19.000, de modo que se vió obligado a adquirirlo en Buenos Aires –donde el precio era menor- y a consultar especialistas en esa ciudad, obteniendo con el tratamiento éxito total. Por lo que reclama el costo del medicamento y de los viajes y asistencia en Buenos Aires, a los que se agregan lucro cesante y daño moral de todos los accionantes.

La defensa de los accionados se centró, en el caso del Dr.Musé en que se limitó a prescribir el fármaco que consideró adecuado, no siendo responsable de la denegatoria, y en cuanto al Dr.Abisab y la institución mutual en que la cobertura mutual no incluía entonces el fármaco prescripto.

2) La decisión recurrida desestimó la demanda, sin especial condenación.

Contra esa decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación (fs.658/694) y, conferido traslado, los co- demandados contestaron los agravios (fs.698/719 y 720/723).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

3) Franqueada la alzada, los autos fueron recibidos en este Tribunal el 16/12/10 y, luego del estudio sucesivo, conforme con lo dispuesto por la Ley N°15.750 art.61, se acordó la sentencia de segunda instancia que, se dictará en forma anticipada.

CONSIDERANDO:

l) Expresando las razones por las cuales le agravia dicha decisión, señala la impugnante que debió advertirse que se infringió un derecho humano reconocido constitucionalmente y que el Decreto 614/006 pone de cargo de la mutualista la entrega del medicamento hasta que se decida sobre el modo de financiarlo. Se insiste en que el Círculo Católico de Obreros incumplió su contrato de asistencia y debe responder por sus dependientes o auxiliares, así como se reitera que la negativa del Dr.Abisab es ilícita y también el proceder del Dr.Musé, que fue imprudente, imperito, incurrió en error al informar a la mutualista que no estaba obligada a dar el medicamento y fue negligente porque no indicó otras alternativas terapéuticas. Agrega una extensa reiteración de los daños que atribuye a la decisión de no entregarle gratuitamente el medicamento que necesitaba.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

II) Liminarmente corresponde señalar que se admite que el derecho a la salud integra el conjunto o bloque de derechos humanos fundamentales reconocido por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución de la República. No sólo se trata de un derecho inherente a la personalidad humana, sino que ha sido expresamente incluido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -aprobado por Ley Nº13.751 de 11/7/69- art.12, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) –aprobado por Ley Nº16.519 de 22/7/94- art.10 y en nuestro texto constitucional art.44, disposiciones todas que han entenderse vigentes y complementarias.

Así, el Prof. Risso Ferrand, citando a Nogueira, destaca que “el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (NOGUEIRA, Humberto “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia” en *Ius y Praxis* Año 9 Nº1, Talca, 2003, p.422) y agrega que “la nueva noción que fusiona la regulación internacional y constitucional de los derechos humanos en un bloque que se complementa perfectamente ... se rige por la directriz de preferencia de normas (si dos normas regulan un derecho o una garantía, hay que preferir la norma que mejor lo protege, la que le da mayor amplitud) y por el principio de preferencia de interpretación (cuando una norma de derechos humanos sea susceptible de varias interpretaciones, deberá elegirse aquella que mejor proteja y garantice el derecho en juego)” (RISSO, Martín *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, 2010, p.60 y 63).

III) De la lectura e interpretación de las disposiciones respectivas surge que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y queda claro que es el Estado quien resulta obligado a defender y optimizar ese derecho, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes al nivel más alto que sea posible.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

Para lograrlo no sólo debe abstenerse de causar daños a la salud de la población y evitar que otros los causen, sino que debe procurar la extensión a todos, particularmente a los grupos más vulnerables, de los servicios sanitarios y proporcionar gratuitamente a indigentes o personas carentes de recursos suficientes, medios de prevención y asistencia.

De ese modo, resulta que el Estado es el encargado de diseñar las políticas públicas de salud y de llevarlas adelante, cumpliendo exigencias normativas de rango superior, expresadas como reglas, principios y directrices (ATIENZA-RUIZ MANERO, Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, 1996, p.26 y sgtes).

Tanto la legislación dictada en la materia –como los Decretos-Leyes N°15.181 de 21/8/81, N°15.334 de 18/10/82, N°15.443 de 5/8/83, N°15.703 de 11/1/85 y las Leyes N°18.211 de 5/12/07 y N°18.335 de 15/8/08- así como los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo -el citado Decreto N°265/006 de 7/8/06 y la resolución ministerial del 16/10/06- deben ser interpretadas en ese contexto.

Desde esa perspectiva se ha discutido cuál es la función del Poder Judicial como garante de los derechos fundamentales y, sin pretender incurrir en excesiva simplificación, ha de reconocerse que las personas están habilitadas para acudir a la administración de justicia para defender su derecho a la salud de diversas maneras, tanto frente a acciones que lesionan ese derecho como frente a omisiones dañosas, por parte del Estado o de otras personas.

IV) Las puntualizaciones anteriores resultan necesarias en el caso a examen, porque en la demanda, el paciente reclama contra la mutualista por responsabilidad contractual, imputándole incumplimiento de su obligación de asistencia por no haberle suministrado sin costo el medicamento indicado por el médico tratante. Al apelar, se invoca como fundamento para la revocatoria la protección del derecho a la salud.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

Sin embargo, de acuerdo con la normativa señalada, no parece que pueda imputarse a la institución de asistencia médica, ni a sus médicos dependientes, incumplimiento contractual o violación de un derecho constitucional, que permita responsabilizarles del daño alegado por los actores.

Habiendo ocurrido los hechos con anterioridad a la entrada en vigencia de las Leyes N°18.211 de 5/12/07 y N°18.335 de 15/8/08, ha de juzgarse con arreglo a las normas constitucionales y lo dispuesto por los Decretos-Leyes N°15.181 de 21/8/81 y N°15.334 de 18/10/82, según los cuales “los derechos y obligaciones de las Instituciones de Asistencia Médica Colectiva (IAMC), y de los asociados, afiliados o usuarios serán determinados por la reglamentación de la presente ley” y “de acuerdo a las pautas técnicas establecidas por el Ministerio de Salud Pública” (D.L. N°15.181 art.7). En cambio, estaba ya vigente entonces el Decreto N°265/006 de 7/8/06, que aprobó el Formulario Terapéutico de Medicamentos.

De acuerdo con dicha reglamentación legal, las instituciones de asistencia médica privada en régimen de prepago, debían brindar a sus pacientes, con prescindencia de los recursos económicos de éstos, “los medicamentos comprendidos en el listado del Anexo I y las fórmulas nutricionales del Anexo IV del presente Decreto”, en los cuales no figuraba –ni figura hoy- el fármaco indicado por el médico tratante. Los medicamentos incluidos en el anexo II –donde se incorporó dicho fármaco- debían ser suministrados “a partir de que se establezcan los Protocolos correspondientes a dichos medicamentos y se defina la forma de financiación nacional de los mismos”.

Sin desconocer que la institución estaba facultada para dar el medicamento –desde que éste estaba autorizado por el Ministerio de Salud Pública- no estaba obligada a darlo a sus afiliados porque aún no se habían cumplido las condiciones que lo hacían exigible: recién el 24/7/08 se aprobó su protocolo de uso (fs.203) y el 9/10/08 se decidió su forma de financiación, que asumió el Fondo Nacional de Recursos (fs.212/213).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

Esta Sala no comparte la interpretación que asignan los apelantes a la decisión ministerial N°614/006 del 8/10/06, según la cual “los Directores Técnicos de las Instituciones y Servicios, serán responsables de la aplicación y cumplimiento de la normativa vigente, sin perjuicio de sus facultades para validar otras opciones farmacológicas distintas a las prescriptas, siempre que se encuentren contempladas en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. Esto significa entonces que rige la obligatoriedad de la normativa sanitaria vigente, debiendo por ende suministrarse los medicamentos prescritos en los listados correspondientes, tanto por parte del sub sector público como privado, sin excepción de ningún tipo”.

A juicio de los integrantes de este Tribunal –que discrepan con los apelantes y también con lo que al respecto sostiene el homólogo de segundo turno (TAC 2º Sent.159/2008 considerando IV- no se infiere de allí que, contrariando lo dispuesto por el Decreto N°265/006 que se dice aplicar, las instituciones de asistencia médica deban suministrar a sus afiliados cualesquiera de los medicamentos incluidos en el Formulario Técnico Terapéutico, sin excepción alguna. Antes bien una interpretación razonable indica que, si se ratifica la obligatoriedad de cumplir lo dispuesto por el Decreto N°265/006, ello implica suministrar los medicamentos en las condiciones allí indicadas, sin hacer excepciones. Vale decir que rige la obligatoriedad de la normativa sanitaria vigente y, por ende, no pueden negarse medicamentos incluidos en los listados. No es razonable interpretar que suprime la exigencia de que la Comisión Asesora establezca los protocolos de uso y forma de financiación de los incluido en el anexo II, poniendo transitoriamente de cargo de las mutualistas proporcionarlos.

De manera que –a juicio del Tribunal- no puede sostenerse que la mutualista incumplió una obligación legal o contractual, ni tampoco puede tenerse por configurado un ilícito consistente en desconocer o violentar el derecho a la salud del afiliado, establecido como derecho fundamental en los términos antes consignados y reglamentado por leyes y decretos cuya constitucionalidad no resulta cuestionable.

V) La solución a que se arriba implica confirmar la desestimatoria respecto del Circulo Católico de Obreros y del Dr.Anuar Abisab por haber tomado la decisión que denegó la cobertura mutual del medicamento.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

La decisión tiene amplísimo respaldo en precedentes jurisprudenciales, desde el caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno (Sent.101/2007) y del que resolvieron los integrantes de esta Sala, actuando como Tribunal de FERIA, por el homólogo de 4º Turno (Sent. 79 del 6/7/09).

Se concluía allí que “si bien la vinculación entre la institución médica y el socio se encuentra regulada por un contrato, su contenido está determinado en parte por leyes y reglamentos, esto es, con una innegable intervención estatal. En dicho aspecto se coincide con lo expresado por la jurisprudencia y la doctrina, de que la mutualista no tiene obligación de prestar una medicina no incluida en los anexos I o IV del Formulario Terapéutico de Medicamentos, ya que el suministro no es obligatorio. Siendo facultativo el otorgarlo, la negativa se encuadra dentro de lo avalado por el ordenamiento jurídico (artículo 10 de la Constitución de la República) (Conf.Ettlin, Edgardo. “De un conflicto entre derechos, posibilidades económicas y cumplimiento contractual de asistencia médica” en Revista de Derecho y Tribunales, p.182 y 186)”.

VI) Tampoco resulta de recibo el agravio por eximir de responsabilidad al codemandado Dr. Ignacio Musé, cuya conducta se califica muy duramente -imprudente, imperita, negligente, errada- sin que se perfile justificación para ello.

Surge de autos que el médico prescribió un medicamento autorizado por el Ministerio de Salud Pública, tanto que figuraba en el anexo II del Formulario Terapéutico de Medicamentos, que los propios actores consideran que era el adecuado para tratar al paciente y reconocen que fue el que utilizó con éxito. Como viene de verse, tampoco hubo error en lo que informó a la institución médica cuando se le preguntó si era obligatorio entregarlo sin cargo al afiliado.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 52/2011

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº

Tal vez los apelantes crean ver una contradicción pragmática al recetar un medicamento que el sistema mutual no está obligado a cubrir, pero tal contradicción se disuelve si se advierte que existía la posibilidad de que la mutualista optara por darlo o que el paciente optara por adquirirlo a su costo, como hizo. Por último, no se ha acreditado que, planteada la dificultad para obtener el medicamento, se le haya pedido una medicación alternativa y no lo haya hecho, de manera que no puede reprocharse la negligencia que se postula al apelar.

VII) Pese a la decisión confirmatoria en esta instancia, la Sala considera que no existe mérito para imponer a los apelantes condena procesal por el grado.

POR CUYOS FUNDAMENTOS, EL TRIBUNAL F A L L A

Confírmase la sentencia recurrida, sin especial condena procesal por el grado.

Notifíquese y devuélvase, con copia para la Sra.Juez (H.fictos de segunda instancia \$ 40.000).

DRA. NILZA SALVO – MINISTRO – DRA.ALICIA CASTRO – MINISTRO – DR. EDUARDO VAZQUEZ –
MINISTRO- ESC. J.A da MISA - SECRETARIO