

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 82/2008

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 7ºTº

I - Nº 82/08

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE SEPTIMO TURNO

MINISTRO REDACTOR: Dra. Graciela Bello

MINISTROS FIRMANTES. Dras. Ma. Victoria Couto; Ma. Cristina López Ubeda; Graciela Bello

Montevideo, 5 de mayo de 2008

VISTOS:

Para interlocutoria de segunda instancia estos autos caratulados "GABARROT, JORGE c/ ADMINISTRACION DE SALUD DE LOS SERVICIOS DEL ESTADO - ASSE - MEDIDA CAUTELAR" IUE: 2-7/2008, venidos a conocimiento de la Sede en virtud del recurso de apelación interpuesto por el promotor, en subsidio de reposición, contra la resolución Nº 295 de 25/2/08, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Segundo Turno, Dr. Juan Carlos Contarín.

RESULTANDO:

I

La recurrida (fs. 90/94) desestimó la medida solicitada, disponiendo el oportuno archivo, sin especial pronunciamiento sobre sanciones procesales.

II

Contra ella se agravió el promotor e impetró la revocatoria así como la imposición a ASSE y/o al Fondo Nacional de Recursos le sirvan un tratamiento médico con enzima de reemplazo en la dosis que determine el Instituto de Nefrología y bajo su contralor, y en caso omiso, una multa equivalente a U\$S 6.000 por mes durante doce meses, según amplias argumentaciones a las que debe estarse en beneficio de la brevedad (fs. 95/100).

En lo medular, cuestiona que no se atribuya naturaleza cautelar a la medida anticipativa, cuando sin duda el legislador las incluyó dentro del proceso cautelar (art. 317 del Código General del Proceso), que el contradictorio existió pues la contraparte se presentó ante la intimación y dedujo descargos, pero no la cumplió, de donde deriva la procedencia de aplicar una sanción a esa conducta omisa.

Asimismo afirma que la estructura del proceso cautelar es en general monitoria y lo que importa es asegurar el cumplimiento de la medida decretada en forma unilateral, en tanto a su juicio se acreditó todo lo alegado (peligro en la demora, necesidad de aportarle la medicación en cuestión) y "pretender una vía procesal diversa implica jugar con la vida del paciente."

III

Rechazada la reposición, se franqueó la alzada (fs. 101).

Elevados los autos y cumplido el estudio correspondiente, se acordó dictar decisión anticipada (fs. 102, 103, 104 y ss.; arts. 344, 200.1 numerales 1), 2) del Código General del Proceso).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 82/2008

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 7ºTº

CONSIDERANDO:

I

Se confirmará la interlocutoria impugnada, por compartir su solución que es coincidente con criterio asentado de la Sala sobre el tema esencial de la controversia (sentencias Nos. 90/00, 120/02, 120/07, 54/08, entre otras), conforme a los fundamentos y precisiones siguientes.

II

Liminarmente debe verse el concreto petitorio propuesto al promoverse la denominada medida cautelar, conforme aclaración requerida por la Sede (fs. 8/9, 27, 67, 68), en el sentido de que se intime a ASSE el suministro de la medicación necesaria - Replagal - para atender la enfermedad de Fabry que aqueja a Jorge Gabarrot".

Así delimitado el contenido de la pretensión incoada, torna inadmisibile la ampliación de la misma al Fondo Nacional de Recursos así como la aplicación de medidas conminatorias formulada al apelar (fs. 88), que deviene claramente extemporánea en tanto no fue incluida en el acto de proposición inicial, sin perjuicio de advertir que como surge del resumen aportado al completar la documentación (fs. 83), en vía extrajudicial esa institución denegó el tratamiento el 16/4/2007, varios meses antes de entablar este procedimiento, no obstante lo cual no se la incluyó en esa oportunidad.

En otro orden, al circunscribirse la solicitud a una intimación, bien puede sostenerse que, en tanto declaración de voluntad recepticia, se agota en sí misma, con su propio cumplimiento, y resulta inhábil para generar un contradictorio.

No obstante, habida cuenta de la preeminencia de los derechos sustanciales sobre los adjetivos y priorizando el principio del doble examen (arts. 14, 22.3 del Código General del Proceso), se ingresará al mérito de la cuestión, en el entendido de que no se violan las garantías del debido proceso en tanto fue objeto de extensos desarrollos fácticos y jurídicos, inclusive con intervención del afectado como señala el recurrente.

III

Sobre esas bases, en cuanto a la naturaleza jurídica de la tutela anticipativa (cautelar o autónoma), que en la especie devendría autosatisfactiva de la pretensión de fondo, la Sala se ha pronunciado previamente en los antecedentes mencionados y en el mismo sentido que el A-quo.

Como allí se expresó, existe un poder general cautelar más allá de determinados casos concretos, por el cual el tribunal puede siempre - frente a una evidente posibilidad de provocarse un daño derivado del retardo en la providencia principal - disponer en vía preventiva o cautelar medidas tendientes a eliminar ese peligro, (Tarigo, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código, T. II pg. 364), actualmente reconocido a texto expreso en el art. 317 del Código General del Proceso). Aún cuando ese poder general tiene el carácter de instrumentalidad, propio de lo cautelar, "es decir, está estrechamente vinculado o dirigido hacia un proceso principal cuyos resultados trata de asegurar"

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 82/2008

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 7ºTº

(op. cit., pg. 365), doctrina y jurisprudencia han admitido la viabilidad de medidas cautelares autosatisfactivas, independizadas de un proceso principal y perdurables sin la exigencia de la instauración de la demanda principal en plazo breve (Greif, Temas de Derecho Procesal, 1ra. Ed. Cauce 2000, pg. 329).

Concepto en el cual en principio ingresa la situación de autos, en tanto se invoca la defensa de un derecho constitucionalmente protegido, cual es la salud (art. 45 de la Carta), sin anunciar la promoción de proceso alguno y la solución pretendida por esta vía no difiere de la cuestión de fondo.

IV

En ese contexto, la obvia excepcionalidad de las medidas autosatisfactivas conlleva la aplicación un criterio de interpretación estricto y aun cuando no sea necesario exigir la existencia de texto expreso que prevea cada situación sino que es suficiente admitir la existencia de ese poder cautelar general, debe analizarse en cada caso concreto el contenido y finalidad de la medida para resolver si es autosatisfactiva o si se debe mantener el criterio de accesoriedad e instrumentalidad y exigir la promoción de un proceso posterior.

A esos efectos, en el caso, la medida impetrada debe resolverse de acuerdo al petitorio de la demanda y allí lo solicitado es textualmente "se intime a ASSE el suministro de la medicación necesaria - Replagal - para atender al enfermedad de Fary que aqueja a Jorge Gabarrot" (fs. 67).

La simple lectura de esa petición revela sin esfuerzo que lo peticionado no encarta en el ámbito de las medidas cautelares, en tanto tienden a asegurar el resultado del proceso y evitar que se torne ilusorio el reconocimiento del derecho del promotor, previniendo eventual insolvencia del contrario como se expresara en apartado anterior.

Por el contrario, en realidad se propone la decisión adelantada de la cuestión de mérito en el principal, en solución provisional o anticipada (art. 317 del Código General del Proceso) y la anticipación impetrada debe justificarse mediante la demostración de la posibilidad de generarse una lesión grave o de difícil reparación antes de dictarse la sentencia, o para asegurar en forma provisional la decisión sobre el fondo conforme a las disposiciones del art. 317 del Código General del Proceso.

Entonces, si se trata de -provisoriamente - adelantar el contenido de la pretensión, con la finalidad de evitar el perjuicio que causa a la parte no satisfacerla durante el tiempo que demora el proceso (Abal, Curso sobre el Código General del Proceso, Tomo II, pg. 94), el punto no puede resolverse mediante la asimilación con las medidas cautelares, acudiendo a la existencia de peligro de lesión del interés por la duración del juicio, sino que el daño invocado por el actor debe analizarse tomando en cuenta la normativa específica antes aludida, que requiere la acreditación de el "plus" de configuración de lesión grave o de difícil reparación, como sostuviera la Sala Homóloga de Segundo Turno (L.J.U. Nº 14.679).

Es claramente distinguible la necesidad de acreditar el periculum in mora para el progreso de una medida cautelar, orientado a prevenir la eventual insolvencia (presente o futura) de quien puede ser condenado como resultado del proceso principal, so pena de tramitar todo un juicio y obtener una decisión que no puede ser ejecutada (instrumentalidad), de los requisitos exigidos por el art. 317 del Código General del Proceso para admitir una provisional o anticipada.

En esta última hipótesis el contenido de la medida se relaciona con la cuestión a decidir en el principal

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 82/2008

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 7ºTº

(por eso autosatisfactiva) y la anticipación impetrada debe justificarse mediante la demostración de la posibilidad de generarse una lesión grave o de difícil reparación para el actor antes del dictado de la sentencia definitiva.

En consecuencia, no se trata de un instrumento para posibilitar el cobro de una eventual condena que puede ser de dinero u otros bienes distintos a los que constituyen el objeto del principal, sino de - provisoriamente - adelantar el contenido mismo de la cuestión de fondo, y no es lo mismo resolver que no existe peligro por la demora del juicio respecto a la eventual insolvencia del deudor, que analizar el perjuicio invocado por el actor con las características requeridas por el art. 317 del Código General del Proceso.

Como sostienen Yamgochian-Minvielle (El proceso cautelar. Discusión científica, RUDP 1985/4 pgs. 360, 379 citados por Véscovi en RUDP 1996/2 pgs. 183 y ss.) "...si lo que se garantiza es algo fuera del proceso, en ámbito sustantivo, ya no estamos en lo propiamente cautelar, sino en el ámbito del proceso preventivo. Se halla ausente la nota de instrumentalidad ya que es susceptible de causar un perjuicio irreparable a la contraparte en tanto que es una medida autosatisfactiva del fondo de lo pretendido. La tutela que realiza el derecho material afirmado por el actor (satisfactiva), aún con base en la cognición sumaria, no puede ser definida como cautelar ...el carácter de autosatisfactividad de la tutela jurisdiccional nada tiene que ver con la formación de la cosa juzgada material ... evidentemente no puede ser definida a partir de la característica de instrumentalidad. La tutela anticipatoria, al contrario de la cautelar, fuera de que sea caracterizada por la provisoriedad, no es caracterizada por la instrumentalidad, o mejor, no es un instrumento que se destine a asegurar la utilidad de la tutela final (vide Luiz Ghilherme Marinoni, Tutela anticipativa... en RUDP Nro. 1/2000, pág. 30 y ss.)" (los destacados no son del texto).

V

Sin perjuicio de lo expresado, sea cual sea la posición que se adopte sobre la naturaleza de la medida impetrada, la pretensión actora no puede prosperar pues se coincide con la impugnada en que la prueba rendida no es suficiente para proveerla de conformidad.

En primer lugar, porque es dudosamente admisible la argumentación del promotor respecto a la efectiva comparecencia de ASSE para superar el escollo de la bilateralidad exigida en el art. 317.2 del Código General del Proceso, pues la contestación de una intimación difícilmente puede ingresar en ese concepto y cuando existen opiniones como la de la Suprema Corte de Justicia en hipótesis similar, que en sentencia 639/2006 expresó "...secuencia que, en todo caso, no puede ser habilitada en la etapa cuando no se ha cumplimentado la bilateralidad que la adopción del tipo de decisiones reclama (? Barrios de Angelis, en Curso de Der. Procesal, IUDP, T. II, pág. 163; Abal, en op. cit., págs. 80 y ss., 98 y ss.; Martínez Botos, Medidas Cautelares, pág. 52, etc.)".

De mayor importancia a los efectos de este pronunciamiento, no puede soslayarse que a los efectos probatorios se agrega literatura sobre la enfermedad de Fabry, pero en concreto sobre la situación del promotor sólo se aporta en fotocopia simple un informe presuntamente del Dr. Francisco González en papel membretado del Instituto de Nefrología y Urología. Trasplante Renal, donde se consigna entre

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 82/2008

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 7ºTº

otras precisiones que comenzó "hace un año con tratamiento de reemplazo enzimático (Replagal (R)", con "una excelente evolución ?. Tiene indicación de seguir recibiendo la medicación" (fs. 21) y recién al apelar se afirma que quienes reciben este tratamiento tienen una expectativa de vida hasta los cincuenta años y el actor tiene cuarenta y siete.

En el escrito introductorio se alude a un informe de la Dra. Balardini, pero el mismo no se agrega ni en esa oportunidad ni posteriormente el incorporar documentos (fs. 10/25, 28/65).

Frente a ello, el Ministerio de Salud Pública informa que el medicamento en cuestión no está presente en el mercado, las terapias de reemplazo enzimático son de reciente aparición y por ende tienen un elevado costo, en virtud de lo cual los sistemas sanitarios seleccionan aquellos procedimientos terapéuticos que son capaces de enfrentar y en nuestro país, además, por norma el MSP transfiere la problemática al Fondo Nacional de Recursos, lo se dice se hará en el más breve plazo (fs. 70).

Ante esa respuesta, el actor acompaña documentación ampliatoria e impetra la aplicación de sanciones por incumplimiento de la intimación dispuesta por la Justicia de Feria, con un nuevo plazo de diez días, pero dicha documentación consiste en folletos literarios del medicamento y un fax, donde no se aclara el o los remitentes o destinatarios, con una firma sin identificar en concreto (fs. 83/86, 87).

En tal marco, si bien es cierto que el derecho a la salud es de raigambre constitucional, no lo es menos que en la especie no consta que el paciente no esté tratado ni resulta sumariamente el riesgo de vida tardíamente invocado al apelar y más allá del tema de costos económicos, lo relevante es que no se aprecia el grado de certeza en punto a la necesidad de ser tratado específicamente con ese medicamento puntual, que de la aplicación del mismo se deriven los beneficios alegados y menos aún, que de ello dependa la vida del paciente, tema este último que tampoco se invocó al promover la medida sino recién al expresar agravios.

En suma, a diferencia de lo sostenido por el recurrente, no se logró demostrar la existencia de la "casi certeza del derecho" como "grado de conocimiento" para despachar medidas de la naturaleza de la aquí invocada, en términos de la cita doctrinaria por el mismo mencionada (Dra. De Los Santos, Revista de Derecho Procesal sobre Medidas Cautelares, Tomo I pgs. 353 y ss., fs. 96).

VI

De acuerdo a las pautas del art. 688 del Código Civil, no se impondrán sanciones en gastos causídicos de la instancia pues el promotor pudo considerarse asistido de razón, aunque no se compartan los argumentos con que provocó la apertura de la alzada.

Por tales fundamentos y disposiciones citadas, el Tribunal RESUELVE:

Confírmase la interlocutoria recurrida, sin especiales condenaciones procesales en el grado.

Oportunamente, devuélvase.