

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 90/2009

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 5ºTº

SENTENCIA Nº 90 /2009

TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE QUINTO TURNO

Ministro Redactor: Dra. Beatriz Fiorentino

Ministros Firmantes: Dra. Sandra Presa

Dr. Luis María Simón

Dra. Beatriz Fiorentino

Ministro Discorde:

IUE: 2-25422/2009

Montevideo, 21 de agosto de 2009

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "CARDONA, Luisa y otros C/ SUMMUN MEDICINA PRIVADA S.A.- Acción de Amparo-" IUE:2-25422/2009 venidos a conocimiento del Tribunal en mérito al recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia No.22 dictada por la Sra. Jueza Letrada (subrogante) de Primera Instancia en lo Civil de 11 Turno, Dra Mónica Pereira.

RESULTANDO:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 90/2009

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 5^oT^o

Por el referido pronunciamiento, se amparó la demanda, sin especial condena en costas ni costos.

Contra el mismo dedujo la parte demandada recurso de apelación, sosteniendo que la sentencia dictada: a) no declara una clara caducidad por haber vencido con exceso el plazo de 30 días a partir del momento que los actores tuvieron conocimiento del acto lesivo; b) los demandantes no utilizaron otros medios de protección, como acudir a la Oficina de Defensa del Usuario del MSP para obtener un pronunciamiento de que el "Neocate" está incluido en el FTM- Anexo IV; c) no se ha probado en autos que ese complemento nutricional esté efectivamente incluido en dicho Anexo y que, en consecuencia, SUMMUN esté obligada a proporcionarlo bajo la modalidad de tickets y d) no existe, entonces, ilegitimidad alguna y menos aún, manifiesta.

Sustanciada la recurrencia, se la franqueó, se recibieron los autos en el Tribunal el día 19 de agosto y se acordó sentencia que se dicta en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) En el caso, los actores, en representación de su menor hija Francesca Ramírez Cardona, asociada a SUMMUN MEDICINA PRIVADA (en adelante, SUMMUN) deducen pretensión de amparo, a fin de que se la condene a que, mediante el sistema de tickets de Farmasummun del Plan QIX, proporcione a la beba el producto "Neocate" pues no puede ingerir leche de vaca ni de soja.

II) La Sala revocará la sentencia apelada en autos, por considerar de recibo los agravios articulados por la recurrente.

III) Según Gelsi Bidart " el amparo pretende dar una garantía procesal inmediata cuya finalidad genérica es evitar o suprimir la violación manifiestamente ilegítima de su derecho fundamental. Lograr pues en el más breve tiempo posible la eliminación o supresión de la referida ilicitud sea que se haya consumado o está, en vías de consumación" (L.J.U, sección doctrina "El proceso de amparo en la Constitución Uruguaya").

Señala Viera que todo el instituto del amparo está dominado por la necesidad de un actuar sin tardanza, con urgencia, en tanto exista una lesión o una amenaza objetiva y actual que corresponda a signos inequívocos de inminencia de perjuicio jurídico ("La ley de amparo", Idea, 1989, pág.17).

La situación de amparo se configura toda vez que se verifican cumplidos coetáneamente los requisitos a que refiere el ord.1º del art.1º de la Ley Nº 16.011.

Una vez constatada la coexistencia de tales presupuestos y, siempre que no se pretenda procesar mediante esta vía ninguno de los actos a que refieren los lit.A a C de dicha norma, el intérprete debe consultar si no existe el condicionamiento establecido por el legislador en el art.2 ejusdem.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 90/2009

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 5^oT^o

IV) La defensa de caducidad, reiterada en sede de agravios, es de recibo.

La pretensión se dedujo cuando había vencido con exceso el plazo de caducidad establecido en el art 4 inc. 2º de la Ley No. 16.011.

La circunstancia de que la conducta lesiva sea una omisión no impide que opere la caducidad de la acción.

El texto de la mencionada disposición legal, de inteligencia inequívoca, pone un obstáculo infranqueable a toda interpreteación doctrinaria o jurisprudencial, que indebidamente desconozca la extinción de la facultad de accionar por el vencimiento del plazo legal, fundando su tesis en la imposibilidad de fijar el dies a quo del término de caducidad, dado que el art 4 inc. 2º consagra enfáticamente en " todos los casos" un plazo de decadencia, sin excluir a la omisión.

Ha indicado el Tribunal: "Tampoco se comparte que el carácter continuado de la omisión que se imputa a la demandada obste a la declaración de caducidad por no haber cesado la eficacia lesiva que se invoca y por resultar por ende inviable computar el plazo de caducidad.

La Sala mantiene jurisprudencia indicativa de que la inicial afectación lesiva habilita ya la reclamación jurisdiccional, porque desde que se conoce la existencia de la omisión y de sus efectos perjudiciales, puede pretenderse la indemnización de los daños causados.

La circunstancia de que la conducta perdure en el tiempo no lleva a la analogía con una hipótesis de delito continuado, sino con el ilícito instantáneo de efectos permanentes cuya eficacia lesiva permenece en el tiempo y cuya ocurrencia queda establecida en el momento reinicial de existencia y generación de perjuicios, independientemente de que éstos perduren, aumenten, disminuyan o, incluso, cesen (Conforme -entre otras- sentencias Nos 185/94, 62/98 y 19/99)" (cita de sentencia No. 257/2002).

Y, como lo sostuvo el Tribunal en anterior integración "los motivos para fijar un término para la interposición de la acción de amparo, radican en la excepcionalidad del remedio, siendo igual la solución para todos los casos, ya sea un acto, hecho u omisión, la causa de lesión de los derechos y libertades reconocidos expresamente o implícitamente por la Constitución." "...Como señala Sayagués, el instituto del amparo sólo actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la situación. Si el afectado deja el amparo durante un tiempo prolongado, cabe conjeturar que podrá acudir a los demás trámites y que no necesita utilizar esta vía excepcional y urgentísima, como es el amparo. Si desea utilizar esta acción, el agraviado debe ser diligente"(Conforme sentencia No. 185/94).

En autos, como lo manifiesta la propia parte actora al deducir la pretensión (y surge de la prueba documental agregada a la causa) desde los primeros días de abril del presente año (fs. 22) los actores estaban en conocimiento de que la demandada negaba su obligación de proporcionar el producto Neocate bajo la modalidad de tickets del sistema de Farmasummun-Plan QIX.

Sin embargo, adoptaron una conducta de pasividad que no condice con la situación de urgencia que sustenta la actual pretensión en la que se aduce peligro de vida, incluso, para la menor, urgencia, por

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 90/2009

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 5^oT^o

lo demás, inherente al instituto del amparo.

Ocurre que en la particularísima situación planteada en autos tal urgencia no existe, pues de haberla no se justifica la dilación de cuatro meses en acudir ante los tribunales procurando la tutela del derecho fundamental que se dice vulnerado.

De haber existido una efectiva agresión o amenaza de lesión del derecho de la salud de la menor, antes de fines de abril se hubiera deducido la pretensión

Y ello no ha ocurrido.

Por lo tanto, no puede invocarse urgencia y promover una acción de amparo cuando se dejó transcurrir cuatro meses desde la inicial afectación lesiva.

De recibirse la pretensión, se estaría desconociendo la ratio del instituto, habilitando que se lo utilice como vía de recambio, con el descrédito que ello conllevaría para un remedio de excelencia para la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, con el agravante de no configurarse los precisos requisitos legales y fundamentalmente, cuando quien reclama fue omiso y surge en forma palmaria que la situación de urgencia que debe motivar todo amparo no es tal en el caso concreto.

V) Aunque la declaración de la caducidad de la facultad de accionar sella adversamente la suerte de la pretensión, analizada igualmente desde otros ángulos, corresponde también el rechazo.

Los actores basan su reclamo en la afirmación de que SUMMUN está obligada a proporcionar el producto "Neocate" por estar incluido en el FTM- Anexo IV.

La prueba testimonial, documental y por informes allegada a la causa no respalda sus dichos.

Los pretensores no se han desembarazado útilmente de la carga de acreditar sus afirmaciones.

El informe del Ministerio de Salud Pública no secunda su posición ni tampoco la declaración de la Química Lucas Huguet ni el testimonio del Dr. Andrade (fs. 111/112 y 127).

Tampoco fueron diligentes en el curso del proceso (ni antes) pues no han acudido a la Oficina de Defensa del Usuario del MSP que en casos de urgencia o con ribetes similares al de autos, responde a inquietudes como la de los actores en 24 horas.

De haber contado con esa respuesta, se tendría un elemento de convicción de valor precioso para resolver la contienda porque se habría respondido con exactitud si el "Neocate" constituye fórmula incluida en el Anexo IV citado o si no hay otra u otras que pudieran satisfacer las necesidades de la menor y debieran ser suministradas por la entidad demandada.

Requerido tal informe en autos, por la contraparte, no acompaña las aseveraciones de la demanda, pese a su carácter poco ilustrativo y no definitorio.

Los actores deben cargar con las consecuencias desfavorables de su propia omisión.

VI) Finalmente, existen dos conductas de la parte actora que adquieren decisiva relevancia a la hora de juzgar la especie.

La primera es la aceptación de la propuesta de SUMMUN de tomar su cargo parte del coste del

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 90/2009

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 5^oT^o

"Neocate".

Si bien los actores niegan haber utilizado la bonificación, agregan recaudos a fs. 19 que demuestran que lo han adquirido en Farmasummun.

Por ende, su afirmación luce huérfana de respaldo probatorio, por obra de su propio comportamiento al adjuntar las facturas.

No han explicado la razón por la cual admitieron la compra en esas condiciones y hoy la rechazan.

La segunda conducta decisiva aludida, ya endoprocesal, es que la parte actora ha sido deliberadamente reticente en lo que refiere a explicar las razones en virtud de las cuales no se alimentado a la lactante con leche materna o con otro tipo de complementos tolerables por la bebé; omisión que en procesos de esta índole no puede admitirse, dada su sumariedad, requirente de incentivación de las cargas de ilustración de órganos jurisdiccionales que han de actuar en brevísimos plazos.

Más allá de que es de conocimiento público la importancia tanto física como psíquica de la lactancia para los bebés, al punto de que existe un Día Mundial y Nacional de la Lactancia, en el caso, según los testimonios técnicos que obran en autos, la alimentación con leche materna tiene carácter terapéutico. Ni siquiera se explicó si existe lactancia, si es o no suficiente, como para explicar la imperiosa necesidad del complemento requerido, y que solamente ése pueda suplir o complementar la alimentación naturalmente brindada por la madre.

Los actores tampoco han sido fieles ni a los propios documentos que agregaron (fs. 13 y 14) pues afirman que los médicos tratantes han consignado que de no proporcionarse "Neocate" corre riesgo de vida su menor hija. Pero en ninguno de los recaudos incorporados se ha vertido tal diagnóstico, aún considerando el documento privado no auténtico expedido en Colombia en papel membretado de médico mexicano (que carece de todo valor probatorio).

Finalmente, para aventar toda duda residual, en ausencia de prueba de signo contrario, surge de autos que en forma artesanal y en el seno del propio hogar, es posible suplir la falta del producto con preparados obtenidos a partir de licuados de carne blanca, roja y verduras.

En suma, la pretensión se dedujo vencido el lapso de caducidad, sin que se haya acreditado la urgencia propia de todo amparo, existe otra vía que pudieron los actores seguir para determinar si el producto que requieren se encuentra o no en elenco de los que ha de proporcionar la parte demandada, no se ha justificado que necesariamente el concreto complemento peticionado deba ser proporcionado ni que otros no cumplan similar función, no se ha explicado por qué otros mecanismos terapéuticos al alcance de los actores no han sido utilizados, y se han realizado afirmaciones contradichas por la prueba aportada por los propios actores y por el esfuerzo de ilustración desplegado por su contraparte.

Cabe entonces concluir que además de intempestiva, la pretensión no cumple con la demostración de inexistencia o clara ineficacia de otras vías de protección, ni con el requerimiento de acreditar manifiesta ilegitimidad de la conducta de la parte demandada; elementos que en el régimen constitucional y legal del amparo determinan que el de autos no pueda prosperar; estimándose infundada la condena recaída en primera instancia.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 90/2009

Oficina: Tribunal Apelaciones Civil 5^oT^o

Por los fundamentos expuestos y normas citadas, el Tribunal,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y desestímase la demanda de autos, sin especial condena en costas ni costos de la alzada.

Oportunamente, devuélvanse estos obrados a la Sede a quo.

(H.F. \$ 15.000 por el patrocinio letrado de la parte actora).