

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Nro. 393 /2011

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno

Ministro Redactor: Dr. John Pérez Brignani

Ministros Firmantes :Dr. Tabaré Sosa Aguirre, Dr. John Pérez Brignani, Dr. Álvaro José França Nebot.

Montevideo, 21 de diciembre del 2011

SENTENCIA Nro.393

VISTOS, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados "HERNANDEZ EDWARD C/ FONDO NACIONAL DE RECURSOS ACCION DE AMPARO IUE 2-103147/2011 venidos a conocimiento de esta Sede en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia Nro. 67 dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo civil de 10º. Turno Dra. . Lilian Morales

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

RESULTANDO :

I) Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente.

II) Que por sentencia Nro.67 se amparo la demanda disponiendo el otorgamiento del medicamento “NEXAVAR–DROGA SORAFENIB” por la Accionada, hasta la decisión de la inclusión del mismo en el Formulario Terapéutico de Medicamentos en su caso....”

III) Contra el mencionado fallo la parte demandada interpuso recurso de apelación expresando en lo sustancial que no hay ilegitimidad manifiesta ya que si bien el medicamento está incluido en el FTM no para lo que se lo pide. Inexistencia de acción u omisión del FNR ya que se están siguiendo los procedimientos, dice que el FNR no puede sustituir al MSP dado que fue incluido para el cáncer “ real” ( fs. 245 ) debió decir renal ; inexistencia de derecho protegido por el FNR porque es “ paraestatal “. El FNR no puede ir en contravención del FTM ya que se incluyó sólo para el cáncer renal en el año 2007.

VI) Por auto Nro. 3161 se confirió traslado del recurso de apelación deducido , el que fue evacuado a fs 251 por la parte actora

V)Por auto Nro.3443 se concedió el recurso de apelación deducido .

VI)Que recibidos los autos en la Sala se dispuso pasaran los autos a estudio sucesivo de los diferentes Ministros.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

VII)Realizado el estudio y acuerdo correspondiente se decidió dictar decisión anticipada en virtud de darse en la especie los supuestos del art 200 CGP designándose ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani

CONSIDERANDO :

I)Que el Tribunal con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de confirmar la sentencia objeto de impugnación por carecer los agravios de recibo.

II) En tal sentido como afirmara la Sala en anterior pronunciamiento: “A los efectos de la resolución de la presente causa, debe verse si se dan los requisitos de la acción de amparo, fundamentalmente la existencia de una acción u omisión que con ilegitimidad manifiesta que en forma actual o inminente lesione un derecho fundamental (artículo 1 Ley 16011). También recordar que procede el amparo aunque se trate de un organismo estatal o paraestatal como en este caso.

No debe olvidarse al momento de calificar si existió manifiesta ilegitimidad en la actuación del FNR tener claro que es lo que está en juego y cuales son derechos fundamentales que se pretende sean tutelados.

Los derechos invocados tienen relación con la preservación del derecho y protección a la vida y a la salud que son de rango constitucional (artículos 44 y 72 de la Constitución de la República) .También se encuentran consagrados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley No. 13.751 y por el Protocolo de San Salvador que amplía la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por el artículo 10 de la Ley No. 16.519 y finalmente a nivel legislativo está previsto en el artículo 10 de la Ley No. 18.335.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

En cuanto al derecho a la salud se ha dicho que “ ...Es indiscutible partir del reconocimiento de la existencia del derecho fundamental a la protección de la salud de las personas; que éste debe ser puesto en práctica por el Estado a través de todos los medios disponibles y en beneficio de todas las personas; que se debe garantizar el igual acceso de cada persona a los cuidados necesarios de acuerdo con su estado de salud y, particularmente, el derecho de acceso a los medicamentos necesarios forma parte esencial del derecho a la salud.

Tales derechos conforman la legalidad en sentido amplio del Estado constitucional de derecho como normas sustanciales y al igual que el principio de igualdad y otros derechos fundamentales, de modo diverso limitan y vinculan al poder administrador excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en su accionar reglamentario “ ( discordia de Sent. 101 de 17/VIII/07 de TAC 5º (LJU 15510 y recientes fallos de éste Tribunal).

Por tanto es controlable el actuar de la administración en estos casos, sino fuera así cabría preguntarse para qué estaríamos los jueces si no pudiéramos controlar actuaciones administrativas que afectan derechos fundamentales de los ciudadanos.

“Como señala LARENZ (Der. Civil, Parte General, p. 254 y ss, Jaen, 1978) a los derechos subjetivos les corresponden necesariamente deberes, limitaciones o vinculaciones jurídicas de otras personas o de todas las demás; el derecho subjetivo es equiparado con la posibilidad de su imposición mediante la acción, concluyendo que si la persona tiene un derecho subjetivo a ese bien, ello significa que éste le corresponde conforme a derecho.

La ilegítima insatisfacción de un derecho subjetivo no es lesión de interés legítimo, sino violación de un derecho subjetivo para cuya protección procede acudir al Poder Judicial mediante acciones declarativas o de condena (CASSINELLI, El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya, Estudios en Homenaje al Prof. Sayagués Laso, p. 283 y siguientes).

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

El problema debe abordarse con criterios de lógica y de razonabilidad así como sin perder de vista cual es la enfermedad del actor que motiva el presente amparo.” ( Cfm sentencia 39/2010 de la Sala )

Ahora bien en la especie la demandada rechazo la petición oportunamente presentada por el reclamante ,pese a estar en el FTM ,por no estar incluido específicamente para el tratamiento para heparcinoma .

En efecto en el listado de medicamentos surge que el Sorafenib esta incluido como medicamento oncológico pero indicado para el tratamiento del cáncer de riñón .

Por consiguiente no puede hablarse en grado alguno como pretende la recurrente de la inexistencia de ilegitimidad manifiesta ya que se trata de un medicamento que se encuentra cubierto por el FNR para enfermedades oncológicas que es rechazado por motivos formales .

En ese orden debemos tener presente que en el campo de la actividad medica, deber regir el principio de la discrecionalidad, el cual se manifiesta en la elección que debe reconocerse al medico para la adaptación de los sistema terapéuticos conocidos a las particularidades del caso y que todo consumidor tiene derecho al tratamiento que menos problemas o peligros con las adelantos técnicos científico que la medicina pone a su beneficio.

Otro aspecto importante es que: “las prescripciones y los actos terapéuticos del medico no pueden ser dictados por el poder político y la autoridad administrativa. Una posición individual de independencia frente a todas las manifestaciones del estatistimo es en consecuencia legitima. Dictar administrativamente al medico sus comportamientos seria colocar al hombre entero entre las manos del poder. Es por lo que las técnicas de las referencias medicas oponibles resultantes de las preocupaciones del gerenciamiento de los gastos de la salud, a partir de criterios médicos reconocidos y actualizados en función notablemente de los avances de la ciencia no pueden ser puesta en obra , mas que teniendo en cuenta el respeto de la libertad terapéutica. La profesión puede

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

reconocer en estas referencia de indicaciones terapéuticas los usos técnicos serios pero puede ser posible de hecho y de derecho apartarse de esas referencias cuando el estado de la paciente lo demande La libertad terapéutica prima sobre los documentos pertenecientes al derecho del seguro de enfermedad”

“ Es de temer que las practicas de espíritu estrechamente reglamentario y financiero , no pierdan de vista el principio fundamental de la libertad de elección”

“ La libertad terapéutica no es edictada en interés exclusivo del medico, ella constituye en primer lugar un derecho del enfermo Su ejercicio comprometerá la responsabilidad del medico cuando halla degenerado en abuso sea por haber hecho correr un riesgo ilegítimo al paciente , sea por haberse apartado de la finalidad curativa asignada a esta prerrogativa “( Cfm Memeteau Gerard Trate de la responsabilite médicale Les Etudes Hospitalieres 1996 pág 80 y ss )

Tales principios son claramente aplicables en el grado. En efecto el art 10 de la ley 18355 establece que: “el Estado garantizará en todos los casos el acceso a los medicamentos incluidos en el formulario terapéutico de medicamentos.”

Asimismo el paciente tiene derecho a acceder a una atención integral para lo cual “ Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por éste en el formulario terapéutico de medicamentos, y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización”art. 7 inciso 2 de la ley referida ley.

En el caso claramente se vulneran estos derechos en forma irrefragable ya que el paciente y el medico acordaron un tratamiento ,dentro de los previstos por la autoridad sanitaria correspondiente ,no obstante lo cual el FNR se niega a proporcionar un medicamento que el mismo acordó financiar.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

Se vulnera claramente el principio de igualdad en la ley ya que se establece una discriminación injusta y carente de sentido al privar al actor de los derechos consignados anteriormente.

Como señala Bidart Campos la obligación de abstenerse de cualquier acción que incida desfavorablemente en la salud del titular del derecho tiene como sujeto obligado a cumplirla a todos los demás en cuyo conjunto involucramos al Estado y a los particulares “ precisando que se trata de lo que clásicamente se llamo obligación pasiva universal. Cfm Bidart Campos German Estudio nacional sobre la constitución y el derecho a la salud . E AAVV el derecho a la salud en las ameritas Estudio constitucional comparado Organización Panamericana de la Salud Washington 1989 Págs. 33 y 34.

El acto médico debe estar en conformidad con los conocimientos científicos reconocidos o aceptados al momento de que se trate. La diferencia de criterios técnicos existente entre el medico tratante y los médicos integrantes del FNR no puede privar al reclamante de los derechos constitucionales y legales que el ordenamiento jurídico le confiere. De admitir tal posibilidad estaríamos no solo asignándole a las mencionadas autoridades un poder que claramente carecen sino también legitimando la violación de los derechos constitucionales que la carta magna le garantiza ( artículos 7 ,8,10,44 de la Constitución ).

Si el médico tratante como sucede en autos, entiende que el mejor tratamiento y medicamento que debe tomar su paciente es el solicitado, se trata de una decisión técnica y científica que debe respetarse máxime cuando se trata de un medicamento que se encuentran autorizado por el MSP ( incluido en el FTM ) y que por cierto es cubierto por el FNR .

La decisión del o los médicos de indicar determinado tratamiento con medicamentos incluidos en la cobertura del FNR no puede considerarse una decisión menor o caprichosa, ni menos aún sujeta a cambio o condicionamiento de tipo alguno, fundado en reglamentos que obviamente no pueden contemplar la realidad individual y única de cada paciente.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

En suma : La negativa del FNR a proporcionar la cobertura del medicamento solicitado por el médico tratante ,fundado en la reglamentación vigente, y fundamentalmente en el hecho que se haya previsto para otro tipo de cáncer no tiene fundamento lógico ni científico de especie alguna y es por consiguiente a juicio del Tribunal manifiestamente ilegítima máxime cuando de la pericia efectuada surge que el medicamento que motiva el presente accionamiento es adecuado para la patología que sufre el reclamante.

Tal circunstancia determina que los agravios carezcan de asidero por lo que corresponde su rechazo.

III) En otro orden encuentra la Sala mérito suficiente para observar los procedimientos llevados a cabo in folios por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2º Turno Dr. Martínez de las Heras (arts. 90, 109 y 116 de la Ley 15750).

En efecto, en primer lugar, la actuación cumplida con relación a las notificaciones fue totalmente desajustada a las normas vigentes.

Surge de fs. 12 que la actora y de fs. 56 que la demandada constituyeron o denunciaron sus respectivos domicilios electrónicos. No obstante ello, la sede antes nombrada, por expresa resolución del Sr. Juez también antes individualizado en resoluciones de fs 19, 207 y 209 dispone que la notificación sea realizada por el alguacil de la Sede (ver actuaciones de fs. 20, 210 y 211 en domicilios físicos, incluso denunciados pero no indicados como constituidos a los efectos del proceso, como lo demuestra para el caso de la parte demandada ver fs. 56 y actuación de fs. 210).

Tal proceder, además de ir contra la normativa aplicable en materia de notificaciones Ley 18.237 y Acordadas 7637 y 7648 especialmente esta última en cuanto en su art 1 dispone que a partir de la incorporación de las sedes judiciales a los sistemas de comunicaciones electrónicas el único domicilio de constitución obligatoria y válida para realizar las notificaciones judiciales es el domicilio electrónico e impone a los señores magistrados que deberán tomar las medidas que estimen convenientes a fin de

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

que las partes cumplan con esta obligación; este proceder del citado magistrado implica la no optimización en la utilización de los recursos procesales que la Institución (Poder Judicial) y la norma aplicable ponen a su alcance, comprometiendo la celeridad y economía procesal.

Asimismo, teniendo en cuenta que el Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno desde el pasado 5/9/2011 está comprendido en el plan de implantación del nuevo sistema de tramitación electrónica (SGT) se puede observar que las actuaciones cumplidas en este proceso no se ajustan al nuevo marco desde que conforme surge de fs. 66 v, fs. 207 y 208 vto. todas ellas son manuscritas como en el sistema antes vigente. (Sírvase ver Acordada 7731 donde claramente en sede de Registro de actuaciones, se expresa que "Todo registro y/o documento de un expediente judicial debe generarse en el SGT"... "Las notificaciones en baranda, aceptación de cargo o similares, se confeccionarán en el SGT. se imprimirán y se firmarán en forma autógrafa por el interesado".)

Todo ello amerita se observen tales desajustes en el obrar del despacho judicial antes indicado, correspondiendo en la especie que se notifique al titular de la Sede letrada de lo Contencioso Administrativo de 2º Turno, con copia de la presente resolución.

Que la conducta procesal de las partes no amerita sanción procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 688 del CC, y la ley 16011 EL TRIBUNAL  
FALLA :

Confirmase la sentencia objeto de impugnación sin especial condenación en el grado.

Y cúmplase con lo dispuesto en el considerando III, parte final.

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

DR. TABARE SOSA AGUIRRE

MINISTRO

DR. JOHN PEREZ BRIGNANI

MINISTRO

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

DR. ALVARO JOSÉ FRANÇA NEBOT

MINISTRO

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº

# Sistema de Jurisprudencia Nacional

**Nro:** 393/2011

**Oficina:** Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº