

CORTE DE APELACIONES

Caratulado:

**CASTRO/FONDO NACIONAL DE SALUD
(FONASA)**

Rol:

86338-2022

Fecha de sentencia:	31-01-2023
Sala:	Tercera
Tipo Recurso:	Protección-Protección
Resultado recurso:	ACOGIDA
Corte de origen:	C.A. de Santiago
Cita bibliográfica:	CASTRO/FONDO NACIONAL DE SALUD (FONASA): 31-01-2023 (-), Rol N° 86338-2022. En Buscador Corte de Apelaciones (https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b4dg7). Fecha de consulta: 01-02-2023



Utilice una aplicación QR desde su teléfono para escanear este código y consultar la sentencia desde el sistema.

[Ir a Sentencia](#)

C.A. de Santiago

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil veintitrés.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, con fecha 24 de junio de 2022, comparecen los abogados Jorge Héctor Felipe Venthur Candia, Michelle Marcela Venthur Candia y Paolo Arturo Moreno Rodríguez, en representación de [REDACTED] quienes recurren de protección en contra del Ministerio de Salud así como también en contra de su representante legal la ministra de salud doña María Begoña Yarza Sáez, en contra del Servicio de Salud Metropolitano Oriente así como también en contra de su representante legal Marisol Irlanda Gallardo Zepeda, y en contra de FONASA así como también en contra de su representante legal Óscar Andrés Ayala Vásquez, por los actos que estiman ilegales y arbitrarios consistentes en las respuestas recibidas por su representada provenientes de los organismos recurridos y sus representantes ya individualizados, en especial por la respuesta de FONASA y el Servicio de Salud Metropolitano Oriente, y la nula respuesta dentro de plazo del Ministerio de Salud, al que se solicitó con fecha 11 de mayo de 2022 pronunciarse sobre el financiamiento del medicamento RIBOCICLIB y que con fecha 8 de junio de 2022 emitió un pronunciamiento denominado “Sin Respuesta a la fecha”, lo que aseguran vulneran las garantías constitucionales del N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Piden que se deje sin efecto la decisión antes referida, ordenando la efectiva protección de su representada, disponiendo la entrega del medicamento RIBOCICLIB en la dosis prescrita, durante el plazo que sea necesario, asegurando así el restablecimiento del derecho.

Indican que su representada fue diagnosticada con cáncer de mama en agosto de 2020 por el doctor Sergio Enrique Panay Serra, de la Fundación Arturo López Pérez, quien informó que luego de discutir el caso en el Comité de Oncología de dicha institución, se decidió por un tratamiento con RIBOCICLIB,

dado que las lesiones ya habían llegado su esternón, causando una fractura y que la enfermedad que padece es una patología GES.

El medicamento tiene un costo mensual de \$4.000.000, siendo el costo total del tratamiento la suma de \$48.000.000. Dada la situación de precariedad de su representada por cuanto sus ingresos mensuales no superan la suma de \$185.000.- su estado de vulnerabilidad económica y su delicado estado de salud que por cierto ya le impide trabajar, Castro Parraguez inició una serie de trámites antes los organismos pertinentes para obtener el medicamento. Pero recibió una negativa absoluta por parte de los organismos recurridos, en particular de FONASA y del Servicio de salud Metropolitano Oriente quienes indicaron “Con motivo de la presentación de su reclamo a través de uno de nuestros canales de contacto, donde solicita financiamiento para adquirir medicamento RIBOCICLIB, lo anterior por su problema de salud “Cáncer de mama en personas de 15 años y más”, le informo lo siguiente: El Decreto Supremo N° 22 de la Ley 19.966, define las garantías explícitas para los distintos problemas de salud incluidos en el plan AUGE. Así mismo, el anexo “Listado de Prestaciones Específico” de ese decreto detalla las prestaciones, medicamentos e insumos que deben ser entregados para el cumplimiento de las garantías de acuerdo a la prescripción que realice el profesional competente. Cabe señalar que la prestación reclamada, no se encuentra garantizada para este problema de salud. No obstante lo anterior, gestionamos su reclamo con el Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Centro de Referencia de Salud Cordillera Oriente, establecimiento responsable de su atención, quienes nos informan que medicamento solicitado no tiene cobertura GES y no ha sido indicado por comité local del Hospital. Por lo anterior, no es posible dar curso a su requerimiento. En caso de disconformidad con el contenido de esta respuesta, usted podrá solicitar a la Superintendencia de Salud su revisión, debiendo acompañar copia de esta carta y de los antecedentes remitidos por esta institución”.

Sostienen que la decisión es ilegal y arbitraria puesto que según informe del médico tratante, la droga indicada por el Ministerio, no es intercambiable por la prescrita.

Agregan que la decisión vulnera la disposición del artículo 19 N° 1 de la Constitución, dado que el RIBOCICLIB permitiría a su representada tener un mayor tiempo de sobrevida según estudios

realizados en pacientes y que citan en su recurso.

Indican que esas investigaciones concluyeron que la tasa de mortalidad disminuye en un 29%, en relación con otros tratamientos y, además, el medicamento es de menor toxicidad que la quimioterapia tradicional.

Segundo: Que, informando Fonasa pide el rechazo del recurso pues hace ver que carece de facultades legales para acceder a lo solicitado por la recurrente modificando el tratamiento médico prescrito por el Centro de Referencia de Salud Cordillera Oriente, esto es, Hormonoterapia y para otorgar a los pacientes un tratamiento diverso al indicado por el mencionado Centro de Referencia de Salud.

De lo anterior se desprende que, la prescripción de un tratamiento médico para una patología GES como los criterios de modificación de dicho tratamiento obedecen a fundamentos médicos, de carácter técnico, que escapan de las funciones encomendadas por ley al Fondo Nacional de Salud, por lo que la petición incoada es totalmente improcedente.

Hace ver que la actuación del FONASA, lejos de ser arbitraria e ilegal, se encuentra ajustada a derecho y al principio de legalidad, toda vez que ninguna norma del ordenamiento que rige a este Servicio lo faculta para financiar tratamientos que no se encuentren expresamente incorporados como prestación GES y que no han sido indicados por el equipo médico tratante del Hospital de la Red Pública de Salud, quedándole completamente prohibido acceder a la petición incoada, tanto en la sede administrativa como por vía jurisdiccional, lo que en ningún caso implica que no existe acceso garantizado a tratamiento de la enfermedad que padece el recurrente. Agrega que no se encuentra dentro de las funciones del Fondo Nacional de Salud indicar o modificar tratamientos médicos a sus beneficiarios.

Tercero: Que, informando el Servicio de Salud Metropolitano Oriente, pide el rechazo del recurso de protección porque de la lectura del recurso no se observa de qué forma se encuentra ante un deber jurídico para con la recurrente, cuando no realizan prestaciones asistenciales médicas ni tampoco

financian las prestaciones médicas ni los fármacos asociados ni tampoco adquieren fármacos sean que se encuentren o no arancelado y las únicas menciones que contiene el recurso. Aparte, de su simple mención al principio y final del recurso para sindicarlo como recurrido, se encuentra en la aseveración de que este Servicio le habría respondido una solicitud al igual que FONASA.

Además, los actos que se espera se ordenen para restablecer una supuesta transgresión y que espera se decreten, no corresponden sean ejecutados por el Servicio de Salud Metropolitano Oriente recurrido ya que no está dentro de la esfera de sus competencias por lo que este recurrido carece de legitimidad pasiva.

Cuarto: Que, en tanto el Ministerio De Salud, informa exponiendo la regulación del sistema público de salud, insistiendo que ésta evita precisamente la arbitrariedad en las decisiones. Agrega que en la especie no se visualiza que la vida de la paciente corra riesgo con la negativa del fármaco, ni se advierte entonces vulneración de la garantía constitucional invocada. Indica que la decisión no es arbitraria, está conforme a la normativa vigente, además de obedecer a criterios de asignación de recursos, previamente definidos.

Finaliza señalando que la decisión de no entregar cobertura o financiamiento a este tipo de medicamentos no puede estimarse ilegal o arbitraria, dado que ha sido precisamente el legislador quien ha establecido los mecanismos de cobertura y financiamiento en las acciones vinculadas a las prestaciones de salud, marco regulatorio en la cual la administración ha centrado su acción y ha decidido distribuir los recursos públicos de acuerdo a la asignación de carácter universal y solidaria, no existiendo a este respecto fondos de carácter ilimitado.

Agrega que de acuerdo a la evidencia científica disponible no resulta concluyente que el medicamento sea indispensable para la vida de la recurrente, pues los reportes publicados en las fuentes científicas disponibles señalan que su tratamiento no se traduce en un aumento significativo de la calidad de vida y a la paciente se le ha entregado una alternativa terapéutica suficiente para el tratamiento de su enfermedad, en consideración a la experiencia comparada así como por las indicaciones del Comité de

Drogas de Alto Costo de Cáncer.

Quinto: Que, por último, informando el Servicio de Salud Cordillera Oriente pide el rechazo del recurso, a cuyos efectos hace ver que la recurrente no fue postulada por su médico tratante al Comité de Drogas de Alto Costo porque no cumple con el requisito de inclusión conforme lo dispone la resolución exenta 1269 de 2021, del Ministerio de Salud.

Sexto: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

Séptimo: Que, en cuanto al fondo del recurso, es menester señalar lo siguiente.

Es un hecho pacífico de la causa que la enfermedad que padece la recurrente -cáncer de mama- es una patología GES y en ese contexto ha de tenerse presente que en dicho sistema se establecen prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo. En el denominado sistema se incluye, además, por mandato expreso del legislador un conjunto de Garantías relativas al acceso, a la calidad, a la protección financiera y a la oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones a las personas afectadas. Por tanto, es evidente entonces que las instituciones de salud deben otorgar los tratamientos adecuados y necesarios a las patologías garantizadas para lograr conforme a la ciencia médica disponible, la curación o al menos una mejor calidad de vida. En el caso de autos se trata de una mujer joven que sufre un cáncer de mama metastásico con recidiva ósea múltiple, cerebral y hepática.

Octavo: Que, el hecho de no estar incluido el RIBOCICLIB en la lista de medicamentos reconocidos en el Protocolo Nacional respecto de una enfermedad grave garantizada o de conformidad a la denominada Ley Ricarte Soto, no justifica rechazar a la paciente una posibilidad de tratamiento médico eficiente, simplemente por no formar parte de las canastas definidas por la autoridad.

La supuesta falta de evidencia científica esgrimida por las recurridas o por su alto costo, carecen de justificación racional, en primer lugar, porque es una realidad que, con el paso de tiempo y los avances científicos, cada año se registran y validan nuevos medicamentos, más precisos y eficientes. En segundo término, porque los antecedentes de salud fueron analizados en la Comisión Médica de un centro especializado -Fundación Arturo López Pérez- existiendo acuerdo para prescribir a la paciente el medicamento RIBOCICLIB, opción terapéutica adecuada para la recurrente, de acuerdo a su actual diagnóstico.

Noveno: Que, la decisión adoptada por los organismos recurridos, en particular del Servicio de salud Metropolitano Oriente y FONASA, al negarse a proveer el medicamento solicitado como asimismo el financiamiento requerido se torna arbitraria pues se sustenta en la falta de evidencia que demuestre la efectividad del medicamento, el porcentaje de sobrevida o los efectos secundarios, desatendiendo los antecedentes médicos presentados por el médico tratante de la recurrente y los estudios científicos acerca de los resultados del medicamento en pacientes como la recurrente.

Además, obran en autos antecedentes médicos que permiten afirmar que esa alternativa es eficiente para la situación de salud de la recurrente.

A lo anterior se agrega que según se indica en el recurso la condición de la recurrente es deplorable, por cuanto sufre un avanzado cáncer de mama metastásico, implicando aquello que su derecho a la vida se encuentra amenazado de manera actual, seria, precisa y concreta, de manera que, de no recibir el tratamiento con el medicamento cuya entrega se solicita a los órganos recurridos, trae como consecuencia e implica a todas luces la muerte inminente de [REDACTED], todo lo cual no fue refutado por las recurridas en sus informes por lo que debe tenerse como no discutido.

Décimo: Que, la recurrente solicita el financiamiento de un medicamento que por su especial vulnerabilidad y alto costo no se encuentra en condiciones de adquirir. Por otro lado, tampoco se lo puede proporcionar la Fundación Arturo López Pérez, a lo que se agrega que al solicitar una respuesta al Ministerio de Salud, éste emitió un pronunciamiento denominado “Sin Respuesta”.

Undécimo: Que, es necesario tener presente que la interpretación de los preceptos legales y reglamentarios que gobiernan la materia debe estar en armonía con la efectiva tutela de los derechos fundamentales que consagra la Carta Fundamental, como el derecho a la protección de la vida, la integridad física y psíquica de la persona y la salud.

Duodécimo: Que, para la resolución de este recurso cabe estarse a que la Constitución asegura a todas las personas, en el N° 1 de su artículo 19, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

Además, el inciso cuarto del artículo 1 preceptúa que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

Por otra parte, de conformidad a lo previsto en el artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2015, “al Ministerio de Salud compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma, así como coordinar, controlar y cuando corresponda, ejecutar tales acciones”.

Las circunstancias de esta causa, revisten la suficiente razonabilidad para concluir que se está infiriendo a la reclamante un daño grave y significativo al no cubrir el financiamiento del medicamento prescrito, afectando con ello el derecho fundamental reconocido en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, frente a lo cual corresponde otorgar la indispensable defensa, adoptando las medidas necesarias y conducentes a restablecer el imperio del derecho que en este caso se traduce en que el

Servicio de Salud Metropolitano Oriente provea a la recurrente el medicamento RIBOCICLIB, por una parte, y por la otra FONASA debe entregar la cobertura y financiamiento solicitada en relación al medicamento indicado, por los ciclos que el médico prescriba y en el porcentaje procedente.

Décimo Tercero: Que, como ya se dijo, los actos recurridos amenazan la garantía del derecho a la vida de la recurrente, por ser evidente que la decisión de las recurridas la priva del uso de una opción terapéutica, tratamiento adecuado y eficiente para su dolencia, como consta de autos, prescrito por un centro de salud especializado y cuya ausencia conduciría a una afectación seria en su calidad de vida, agravando la enfermedad que la aqueja.

Por estas consideraciones y, de conformidad con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre esta materia, se acoge el recurso de protección deducido en favor de [REDACTED], solo en cuanto se ordena que la recurrida Servicio de Salud Metropolitano Oriente debe proveer a la recurrente el medicamento RIBOCICLIB de acuerdo a la prescripción y por el tiempo que determine su médico tratante, y la recurrida FONASA debe otorgar a la recurrente el financiamiento necesario respecto del mentado medicamento.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del abogado integrante Jorge Benítez Urrutia.

N°Protección-86338-2022.

Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Jenny Book Reyes, señora María Paula Merino Verdugo y el Abogado Integrante señor Jorge Benitez Urrutia.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta ltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, treinta y uno de enero de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario la resolución

que antecede.

