

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 37

CUIJ: 13-05419223-6((020301-31019))

VELGAS MIRIAM ELIANA C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS
PUBLICOS P/ ACCIÓN DE AMPARO



En la Ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, a los quince días del mes de abril de dos mil veintiuno, se reúne la Excma. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia de la Segunda Circunscripción Judicial, compuesta por los señores Jueces: DARÍO FERNANDO BERMEJO, SEBASTIÁN ARIEL MARÍN y RAÚL ALEJANDRO BONINO, quienes trajeron a deliberación para resolver en definitiva la presente causa N° 13-05419223-6 (31.019/202.801), caratulada: **"VELGAS MIRIAM ELIANA C/ OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS P/ ACCIÓN DE AMPARO"**, originaria del Tribunal de Gestión Judicial Asociada Civil de San Rafael, de esta Segunda Circunscripción Judicial, venida a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante presentación digital Id MeeD GISXG181524, contra la sentencia de fs. 27.-

Llegados los autos a esta Cámara, a fs. 31 el Tribunal ordenó correr traslado de la fundamentación a la contraria, quien contestó mediante Id MeeD GISXG181524. En tanto que Fiscalía de Estado se pronunció mediante Id MeeD JAXSX51443. Con lo cual, quedó la causa en estado de fallo, practicándose a fs. 36 el correspondiente sorteo de votación, cuyo resultado es el siguiente: **Raúl Alejandro Bonino, Sebastián Ariel Marín y Darío Fernando Bermejo.-**

De conformidad con lo que establece el art. 141 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

1ra.: ¿Es justa la sentencia?

2da.: Costas y honorarios.-

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. BONINO,

DIJO:

I.- ANTECEDENTES

I.a.- Demanda

Mediante presentación digital Id MeeD LJBIS81851, en fecha 08/10/2020, la Sra. Miriam Velgas promovió acción de amparo en contra de la Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza (OSEP), a los fines de que se le brindara cobertura integral del sistema de monitoreo de glucosa FreeStyle Libre, con todos sus accesorios e insumos, en forma continua e ininterrumpida.-

Relató su historia clínica, que padece de diabetes mellitus tipo 1, con una severa variabilidad glucémica. Que OSEP le proporciona tiras reactivas a los fines de la medición de la glucosa. Que en el curso del año 2018, su médico diabetólogo, Dr. Daniel Giorgini, le recomendó el uso de sensores de glucosa FreeStyle Libre, en función de que la utilización de los mismos generaría un mejor control metabólico, al permitir el escaneo de la glucosa tantas veces al día como el usuario lo desee, como asimismo obtener datos sobre la glucosa actual, pasada y futura. Señaló que la medición sistemática de la concentración de glucosa mediante el monitoreo flash de glucosa, disponible en la actualidad, son adelantos técnicos que se imponen como necesarios para el logro

de la normoglucemia. Que se trata de un método que puede actualmente considerarse imprescindible en los pacientes con diabetes mellitus tipo 1, considerada lábil debido a su variabilidad glucémica, con el objetivo de que el tratamiento con múltiples dosis de insulina logre el fin último de parecerse, en cuanto sea posible, al funcionamiento de las células beta de un páncreas normal. Que innumerables trabajos internacionales demuestran que, toda vez que la glucemia del paciente se encuentre en rango de normalidad por el mayor tiempo posible, la posibilidad de que este padezca de complicaciones crónicas de la diabetes disminuye ostensiblemente.-

Hizo referencia a que solicitó la prestación a la obra social, la que le fue denegada por carta documento. Que no parecía menester explicar la diferencia entre medir la glucemia mediante punción capilar, que debe ser efectuada entre 2 y 6 veces diarias, y hacerlo mediante escaneo del sensor que se hace cuantas veces lo desee y requiera la paciente, sin existir ningún límite. Que tampoco existía fundamento económico del rechazo, en razón del costo de ambos sistemas de medición y la evitación de futuras complicaciones de salud. Manifestó que estaba en peligro la salud integral de la actora, a quien, sin la prestación denegada por OSEP, se le impide sobrellevar su enfermedad de manera razonable y científicamente controlada, con mejor calidad de vida y con el objeto de prevenir graves y serias las consecuencias de la diabetes mellitus tipo 1, con mejor expectativa de supervivencia hasta la vejez.-

I.b.- Informe circunstanciado de OSEP

La Obra Social de Empleados Públicos emitió informe circunstanciado mediante presentación digital Id MeeD QBFTH21336. Entre otros aspectos, negó que la utilización del

sensor Freestyle fuese imprescindible para el tratamiento de pacientes con diabetes mellitus tipo 1, que sea el único medio apto para lograr certeza en el control de la glucemia, que las complicaciones crónicas sólo puedan evitarse mediante el uso del sensor, etc.-

Se opuso al progreso de la acción, alegando que la misma no reunía los presupuestos legales para su procedencia. Sostuvo que la actora no justificó el tratamiento de la cuestión por la vía excepcional del amparo, en tanto no se encontraban acreditadas las circunstancias de urgencia que permitieran interponerlo. Puso de resalto que su parte ha provisto cobertura, ha proporcionado los elementos necesarios para el tratamiento y medición de la glucemia. Que el hecho de que no sea el específicamente requerido, no significa que no sea idóneo o que no le haya brindado cobertura adecuada.-

Aseveró que no se verificaba un supuesto de ostensible arbitrariedad o ilegalidad, que hiciere procedente la vía. Reiteró lo contestado mediante carta documento, acerca de que el diagnóstico requería ajustar el tratamiento con medidas terapéuticas y no respecto al cambio de modalidad de medición, ya que ello no tendría efectos sobre la glucemia, dado que el sensor no modifica la conducta terapéutica, siendo las tiras reactivas provistas por OSEP el medio que mayor exactitud brinda para la medición del índice glucémico. Transcribe un párrafo de la prueba acompañada por la actora acerca de que los niveles de glucosa intersticial medidos por el sensor e informados como actuales pueden no reflejar los niveles de glucosa en sangre de manera exacta.-

En relación al sensor solicitado, señaló que no realiza monitoreo continuo de glucosa (lo que es aconsejable en el

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

caso de la actora); que no sirve para definir modificaciones en la conducta terapéutica, ya que la medición es inexacta; que las cifras que proporcionan los sistemas de monitorización continua no coinciden exactamente con las glucemias capilares.-

Afirmó que no se advertía y menos aún quedaba acreditado cómo se vio afectado el derecho a la salud, por el sólo hecho de proveer una modalidad de medición distinta a la pretendida. Que el interés puede ser reclamado por vías ordinarias, ya que la amparista ha recibido la cobertura correspondiente conforme Ley 26.914.-

I.c.- Presentación de Fiscalía de Estado

Mediante presentación Id MeeD UJART51952, manifestó que limitaría su actuación al control de la actividad defensiva del demandado directo.-

I.d.- Sentencia recurrida

A fs. 27, el Sr. Juez de primera instancia rechazó la acción de amparo.-

Para así resolver, consideró que, conforme a los fundamentos expuesto por OSEP en la CD de fecha 24/09/2020, no se advertía el requisito de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Que la demandada estaba dando a la actora la protección necesaria, para el control de glucemia. Que en la audiencia celebrada y donde prestó declaración testimonial el Dr. Daniel Giorgini -testigo que, por otro lado, tiene interés en que se le provea el sensor Free Style a la actora- y pese a la abundante explicación que efectuara en la misma, coincidente con lo relatado en el escrito de amparo, no surgía de tal testimonio, como tampoco de otra prueba, que se amenazare o lesionare el ejercicio de derechos, o se pusiera en

peligro la salud de la actora.-

I.e.- Recurso de apelación de la parte actora

La accionante dedujo recurso de apelación mediante presentación digital Id MeeD GISXG181524.-

En primer lugar, se agravia de que la sentencia haya omitido considerar qué es la diabetes mellitus, específicamente, la de tipo I que padece la actora, cuáles son sus consecuencias y cómo pueden éstas ser prevenidas con la dosificación precisa de la insulina necesaria para cada tipo de paciente. Afirma que la elusión a esta premisa mayor necesariamente conllevó a una decisión arbitraria, puesto que, de haberse entendido de qué se trata la diabetes mellitus tipo 1, cuáles son sus causas y efectos, y cuál sería el tratamiento adecuado para que el paciente tenga una mejor calidad de vida y procure evitar los graves deterioros físicos que la enfermedad provoca, hubiera inexorablemente decidido en forma distinta a la cuestionada. Que con los avances de la medicina, asociados con la tecnología, actualmente el enfermo de diabetes, que tenga aprendidos la causa de la enfermedad y sus niveles propios de glucosa, con la asistencia de medidor continuo de glucosa, puede remediar artificialmente al páncreas, inyectándose los niveles precisamente necesarios de insulina, con lo que lograría una buena calidad de vida, casi igual a las personas sanas, pudiendo prevenirse graves consecuencias e, incluso, tener la misma esperanza de vida.-

En segundo lugar, impugna la sentencia apelada en cuanto sostiene que no se advertía que OSEP actuara con arbitrariedad o ilegalidad y que la demandada le está dando a la actora la protección necesaria para el control de glucemia. Asevera que el a-quo no se hizo cargo de los argumentos fácticos y jurídicos

expuestos en la demanda, limitándose a aceptar como válido al planteo defensivo de OSEP. Acusa falta de motivación. Manifiesta que en los fundamentos de la sentencia no se explica porqué las tiras reactivas de sangre capilar son un mejor método de control de la glucemia que la del monitoreo continuo de glucosa pretendido por la actora. Que dado que la demandada no alegó que la negativa de la prestación se debiera a cuestiones económicas, la postura de OSEP resulta absurda, puesto que, si no existen motivos económicos para denegar la prestación, no se entiende qué razón puede existir para negarle a la asociada la cobertura que ella considera más adecuada para el tratamiento de su enfermedad, siguiendo las prescripciones de su médico especialista, cuyo criterio es respaldado por la Sociedad Argentina de Diabetes y la Federación Argentina de Diabetes. Que OSEP se niega a la modernidad, a los avances de la ciencia y la tecnología. Que la contraria insinuó que la paciente debería ajustar su tratamiento terapéutico, sin explicar qué quiso decir con esa formulación genérica, vaga e imprecisa; sin indicar cuál es el comportamiento inadecuado. Por otro lado, manifiesta que la decisión del a quo carece de todo apoyo probatorio, pues no indica qué prueba es el pilar en el que se asienta la convicción ni los motivos por los que rechazó la ofrecida por la actora.-

En tercer término, indica que el a quo no se hizo cargo de la pretensión de la actora, es decir, soslayó su tratamiento, todo análisis, toda labor argumentativa sobre su procedencia o improcedencia. Que el a quo rechazó la pretensión de la actora sin ninguna explicación, sin fundamentar de modo alguno el por qué del rechazo, lo que vicia de nulidad al fallo cuestionado, por ausencia de fundamentación real. Sostiene que la utilización del sensor

generaría un mejor control metabólico, lográndose así una aproximación en la dosificación de insulina que permite prácticamente al diabético sobrellevar una vida normal, tener una buena calidad de vida y, también, mejorar la expectativa de vida, como la de una persona sana. Que el uso del lector y sensores de glucosa FreeStyle Libre se trata de un método que debe considerarse imprescindible en los pacientes con diabetes mellitus tipo 1, considerada lábil debido a su variabilidad glucémica, con el objetivo de que el tratamiento con múltiples dosis de insulina logre el fin de parecerse, en cuanto sea posible, al funcionamiento de las células beta de un páncreas normal. Que si se hace referencia a calidad de vida, no parece menester explicar la diferencia entre medir la glucemia mediante punción capilar, que debe ser efectuada más de seis veces al día, con incomodidad; que hacerlo mediante escaneo del sensor que se hará cuantas veces lo desee y requiera la paciente, sin existir ningún límite. Que el costo del monitoreo constante de glucosa es similar al costo de las mediciones con las tiras reactivas. Que con el sensor se evitarían en buena medida las complicaciones crónicas de la diabetes deficitariamente controlada, y con esto disminuir considerablemente los costos directos e indirectos de las complicaciones crónicas de la diabetes.-

En cuarto lugar, cuestiona la omisión de valoración del informe de la Sociedad Argentina de Diabetes, al que considera imprescindible para la resolución de la causa. Controvierte la circunstancia de que se haya desmerecido el testimonio del médico diabetólogo Dr. Daniel Giorgini. Manifiesta que el mismo no fue objeto de tacha ni de ningún cuestionamiento sobre su neutralidad, objetividad, sinceridad u honestidad intelectual. Que su interés radica en que todos los enfermos de

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

diabetes tengan mejor calidad de vida y prevengan lesiones graves que provoca la diabetes.-

Finalmente, cuestiona a la sentencia atacada en cuanto sostiene que la actitud de OSEP no es arbitraria, no lesiona derechos ni pone en peligro la salud de la actora. Señala que, del plexo probatorio, surge ostensiblemente que su parte sufre una grave enfermedad incurable, que con el transcurso del tiempo provoca lesiones severas y que, incluso, abrevia la duración de la vida, por lo que la consideración del a quo resulta seriamente arbitraria, porque, precisamente, el objeto de la pretensión de la actora es tener una buena calidad de vida, prevenir las consecuencias de la diabetes y procurar una longevidad que se aproxime al de las personas sanas. Cita jurisprudencia. Afirma que la salud ha sido reconocida, tanto en el ámbito nacional como internacional, como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que el bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano constituye un derecho que el Estado está obligado a garantizar.-

I.f.- Contestación de OSEP

La Obra Social de Empleados Públicos contestó mediante presentación digital Id Meed GISXG181524 y solicitó el rechazo del recurso.-

Respecto a la primera queja, manifestó que la enfermedad de la paciente no es una cuestión litigiosa, como así tampoco sus consecuencias. Que el tratamiento adecuado para que la paciente tenga una mejor calidad de vida, no depende del método de medición que se utilice, sino de que efectivamente se realice esta “medición”, además de la adecuada conducta terapéutica.-

Asevera que se encuentra debidamente acreditada en la causa la ausencia de los requisitos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte de OSEP, requeridos para la procedencia de la acción de amparo. Que la obra social ha brindado a la actora el tratamiento necesario para el control de glucemia en relación a la patología que padece. Que el sistema Freestyle es uno más de los sistemas de medición disponibles, pero no el más exacto en el resultado, ya que el mismo mide la glucosa en el líquido intersticial, a diferencia de los medidores de glucemia capilar (tiras reactivas) que miden la glucosa en sangre. Que este último, es el sistema de medición brindado por OSEP, el cual permite a la amparista controlar de manera efectiva y precisa los niveles de glucemia en sangre.-

Manifiesta que su parte jamás actuó con arbitrariedad o ilegalidad y mucho menos ha vulnerado de forma alguna el derecho a la salud de la amparista, puesto que ha brindado permanentemente a la actora un sistema de medición certero y eficaz. Sostiene que resulta improcedente la pretensión de la quejosa de cotejar cuál de los sistemas de medición de glucosa en pugna es el más adecuado para asegurar una mejor calidad de vida y prevenir los graves efectos de la diabetes, ya que se encuentra acreditado que OSEP ha brindado la correspondiente cobertura a la actora. Que una diabetes deficitariamente controlada y las consecuencias que ello podría acarrear no dependen del método de medición empleado, sino de la conducta terapéutica de cada persona.-

I.g.- Contestación de Fiscalía de Estado

Fiscalía de Estado compareció en alzada mediante presentación digital Id MeeD JAXSX51443. Señala que los

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

agravios parecen omitir un requisito preliminar, cual es el rechazo por incumplimiento de los presupuestos del art. 219 CPCCT, ya que en el acto no se advierte el requisito de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Afirma que la obra social ha provisto la cobertura que la amparista requiere para el tratamiento de su enfermedad, habiendo proporcionado también los elementos necesarios para su medición. Que este último no sea el específicamente requerido por la actora, no significa que no sea idóneo o que no se le haya brindado cobertura.-

II.- TRATAMIENTO DEL RECURSO

II.a.- Delimitación de la cuestión a resolver

No se encuentra controvertido en la causa que la actora, Sra. Miriam Eliana Velgas, es afiliada a la Obra Social de Empleados Públicos, que padece de diabetes mellitus tipo 1, que la obra social le presta cobertura mediante plan especial y que, entre otras prestaciones, le provee un método de medición de la glucosa mediante punción capilar y a través de cien tiras reactivas por mes.-

La pretensión contenida en el amparo se dirigió a modificar el método de medición de glucosa, a los fines de que OSEP brindara cobertura de un dispositivo de monitorización continuo denominado Freestyle Libre.-

El Sr. Juez de grado desestimó la acción, al considerar que no se encontraba reunido el requisito de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, pues la demandada estaba dando a la actora la cobertura necesaria para el control de glucemia, como asimismo que no surgía acreditado que se amenazare o lesionare el ejercicio de derechos o se pusiera en peligro la salud de la actora, conclusiones de las que se agravia la amparista al

fundamentar el recurso.-

En consecuencia, corresponde revisar en esta instancia si la conducta de la obra social, de denegar la provisión del sistema de medición de glucosa Freestyle Libre, reúne los presupuestos de procedencia de la acción de amparo puestos en cuestión por la accionada y el sentenciante; esto es, si constituye un acto que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, lesiona, restringe, altera o amenaza el derecho a la salud de la accionante, a los términos del art. 43 CN y art. 219 CPCCT, susceptible de ser enmendado por la presente vía.-

II.b.- Consideraciones generales sobre los presupuestos controvertidos

Ante todo, la procedencia del amparo requiere la existencia de un acto lesivo, que debe interpretarse en el sentido más amplio posible, involucrando todo hecho positivo o negativo. La lesión resulta un concepto amplio y abarcador, de los más específicos de restringir y alterar, puesto que comprende el daño o perjuicio de cualquier índole y, por lo tanto, incluye la restricción (reducción, disminución, limitación) y la alteración (cambio, modificación) de un derecho constitucional. Se pretende señalar un amplio espectro del actuar que oriente y procure la tuición más perfecta de los derechos amparados por la Constitución. Las amenazas interesan también al ámbito del amparo, en razón del carácter amplio que conviene imprimirle, comprendiendo actos lesivos de futuridad inminente, cierta y grave, excluyendo perjuicios conjeturales (conf. Morello-Vallefín, "El amparo. Régimen procesal", Ed. LEP, 2000, p. 18/22).-

La acción atrapa a un extenso espectro de bienes jurídicos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho a la

salud, reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN), entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida (conf. Fallos 328-1708). Mientras que el Címero Tribunal Provincial sostuvo que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente el de la preservación de la salud, no necesita de ningún tipo de justificación, sino que, por el contrario, debe justificarse la restricción pública o privada que se haga de ellos (conf. LS 356-154). El derecho a la salud tiene rango constitucional y la privación o restricción manifiestamente ilegítima de ese derecho abre la vía del amparo (conf. LS 380-197).-

En lo que se refiere al recaudo de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, se ha señalado que la primera es sinónimo de ilícito, de contrario a la ley, en sentido material y formal, mientras que la arbitrariedad supone un acto carente de sentido lógico jurídico, basado sólo en el capricho o voluntad del agente, es un acto infundado, inmotivado, lo contrario a razonable. Lo manifiesto alude a lo obvio, a lo palmario, lo evidente, que el juez advierta con facilidad, sin dudas, que se encuentra frente a un acto ilegítimo (conf. Bustelo Ernesto, “El amparo contra la actividad pública”, en “Estudios de Derecho Administrativo”, 2001, t. VI, p. 55; cit. por 2º Cám. Civ., 1º Circ. Jud., LS145-248).-

Sobre tal requisito, la Corte Federal ha puesto de

resalto que, a los fines de la procedencia de la acción de amparo, la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas requieren que la lesión de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate o prueba (conf. Fallos 245:351; 291:198; 292:140; 295:132; 299:185).-

Mientras que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha señalado que el recaudo es razonable porque se conecta directamente con la naturaleza sumarísima del proceso, con restricciones probatorias y defensivas, de modo que la cuestión planteada debe ser detectada fácilmente dentro de esas limitaciones; si, en cambio, se trata de una cuestión compleja, porque para ser acreditada se necesitan un cúmulo de probanzas y argumentaciones interconectadas, después de extraer malezas con grandes dificultades fácticas, entonces el amparo no es viable. La naturaleza del acto írrito debe ser patente, clara, derivada de vicios inequívocos, ostensibles, notorios, indudables, que pueden evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate o sin necesidad de amplio debate y prueba (conf. L.S. 272-75; LS 283-371).-

II.c.- La prueba rendida en autos

De la documentación aportada conjuntamente con la demanda (Id MeeD LJBIS81851), tenemos que, en fecha 09/06/2020, el médico tratante de la actora, Dr. Daniel Giorgini dirigió nota a OSEP, mediante la que solicitó la provisión del lector Freestyle Libre. Relató que la paciente es portadora de diabetes mellitus tipo 1, con ocho años de evolución, hallándose en tratamiento con dosis múltiples de insulino terapia, a pesar de lo cual

presenta una severa variabilidad glucémica que en varias oportunidades ha concluido en hipoglucemias severas. Que no puede lograr un control metabólico adecuado, debido a la usual aparición de hipoglucemias desapercibidas. Que en los últimos seis meses ha debido soportar innumerables hipoglucemias de aparición abrupta y sin síntomas, que permitan avistar y prevenir incidentes, en oportunidades de características graves. Que el logro de un buen perfil glucémico es necesario para disfrutar de una vida libre de complicaciones. Que el tratamiento actual no permite, mediante el uso de múltiples dosis de insulina, obtener una buena respuesta terapéutica por lo que se considera de necesidad imperiosa el uso del lector Freestyle Libre. Que dada la variabilidad glucémica de la paciente se estimaba imprescindible el uso de los sensores, a efectos de realizar monitoreo continuo y de tal manera adaptar el uso de análogo de insulina varias veces en el día. Que como la paciente se encontraba bajo un régimen de insulinoterapia intensificada, hacía necesario un auto monitoreo intensificado y consecuente toma de decisiones, que sería mucho más efectivo si fuese efectuado mediante monitoreo flash. Que ello justificaba el pedido de sensores, lo que permitiría optimizar el control metabólico y mejorar la calidad de vida de la paciente, actualmente injuriada por repetidas hipoglucemias desapercibidas, en muchas oportunidades severas.-

Se adjuntó carta documento de fecha 18/09/2020, en que la afiliada emplazó a dar respuesta formal, la que fue contestada por OSEP en fecha 24/09/2020, señalando que la obra social brindaba la cobertura correspondiente a la Ley 26.914 y que, en relación a su diagnóstico, debería ajustar el tratamiento con medidas terapéuticas y no respecto al cambio de modalidad de

medición, ya que ello no tendría efectos sobre la glucemia, en razón de que el sensor no modificaría la conducta terapéutica. Que el elemento adecuado para modificar la conducta son las tiras reactivas provistas por OSEP.-

También obra resolución de la ANMAT de fecha 06/06/2016, por la que autorizó la inscripción del producto médico sistema de monitoreo de glucosa. Surge que está indicado para medir el nivel de glucosa en el líquido intersticial de personas con diabetes mellitus. Que está diseñado para reemplazar las pruebas de glucosa en sangre en el autocontrol de la diabetes, salvo en las siguientes circunstancias, en que se debe utilizar un medidor de glucosa en sangre, para verificar las lecturas obtenidas con el sensor: cuando los niveles de glucosa cambian rápidamente, en que los niveles medidos por el sensor pueden no reflejar los niveles de glucosa en sangre de manera exacta; cuando los niveles de glucosa bajan rápidamente; para confirmar la presencia de hipoglucemia inminente según el informe del sensor; cuando los síntomas no coinciden con la lectura del sistema.-

Posteriormente, OSEP adjuntó el legajo e historia clínica de la afiliada, de los que surge listado de consumos, constancia de gozar de un plan especial con cobertura al 100% de insulina y cien tiras reactivas por mes, reporte glucémico diario -con numerosos valores por encima y por debajo del intervalo ideal- .-

La Sociedad Argentina de Diabetes fue consultada acerca de si una persona que padece diabetes mellitus tipo 1 y alta variabilidad de glucemia, puede beneficiarse con el uso del sensor FreeStyle Libre, comparado con las tiras reactivas de monitoreo de glucemia; si puede mejorar su calidad de vida con el uso del sensor; si puede prevenir consecuencias dañosas de la

enfermedad y si puede mejorar su expectativa de vida (longevidad). La entidad informó que la respuesta era afirmativa para los cuatro puntos solicitados, con fundamento en las siguientes consideraciones: el automonitoreo glucémico capilar otorga información inmediata y prospectiva, pero sólo permite disponer de pocos datos glucémicos diarios, con sus respectivos promedios y desviación estándar, todos ellos valores estáticos tomados en un momento determinado, sin que puedan analizarse las variaciones previas o posteriores o las tendencias de los valores de glucosa. Presenta además limitaciones para obtener datos nocturnos o durante la actividad física y es aún un método invasivo y no pocas veces rechazado por los pacientes, por las múltiples punciones capilares que supone. El monitoreo continuo de glucosa que se obtiene con el dispositivo FreeStyle Libre proporciona los valores de glucosa en forma instantánea y sus tendencias (que se visualizan en la pantalla del lector como flechas, lo que facilita la interpretación por parte del usuario). Facilita disponer de los niveles históricos de glucosa y su variabilidad; puede almacenar datos puntuales importantes para la optimización del uso de insulina, como el horario y magnitud de las ingestas de alimentos, las dosis y horarios de aplicación de insulinas, el ejercicio, tipo y duración, etc. También ha permitido incorporar nuevas métricas para estimar el nivel de control glucémico, tales como el “tiempo en rango” e informa la variabilidad como un coeficiente. Toda esta información se obtiene de manera permanente y continua para tomar decisiones terapéuticas inmediatas y más precisas que con el AGC convencional. Obtener la información de las tendencias de la variación glucémica faculta al usuario para prevenir y evitar las complicaciones agudas ocasionadas por la utilización de insulina (esto es, las hipoglucemias). Se agrega también la posibilidad, mediante el

análisis de los patrones generales del control glucémico (denominado “perfil ambulatorio de glucosa”) de realizar ajustes en períodos del día en los que es difícil efectuar mediciones de glucosa (durante el sueño o durante el ejercicio) o en circunstancias excepcionales tales como períodos de ayuno prolongado, estudios médicos o intervenciones, días de enfermedad, período menstrual, internaciones y muchas otras. Esta perspectiva asegura los resultados adecuados del tratamiento, aumenta la confianza del paciente en su medicación, evita la ocurrencia de episodios de descompensaciones que pueden llegar a extremos que pongan en riesgo la vida del paciente y mejora su calidad de vida. La utilización del MCG mejora el control glucémico, disminuye su variabilidad y reduce la ocurrencia de hipoglucemias graves, sobre todo nocturnas con mejoría significativa de la calidad de vida del usuario. La variabilidad glucémica depende de muchos factores individuales y requiere titulación permanente de la dosis. Cuando esta variabilidad está exacerbada, la persona alterna episodios de hipoglucemias que a veces llegan a ser severas y necesitan la asistencia de terceros para sobreponerse, con hiperglucemias sintomáticas y a veces prolongadas y que pueden ocasionar descompensaciones agudas que requieran internación o, si son sostenidas en el tiempo, la aparición de lesiones evolutivas de la diabetes. Sin duda, reducir la variabilidad y evitar hipoglucemias severas, mejora la calidad de vida de quien utiliza estos dispositivos. Existe fuerte evidencia que asocia el “tiempo en rango” en valores aceptables u objetivos de tratamiento y el “coeficiente de variación” en valores inferiores o iguales a 36%, con un menor porcentaje de ocurrencia de enfermedad cardiovascular, vulnerabilidad de las placas de ateroma y disfunción endotelial. En otros términos, asegurar una reducción de la variabilidad y mejor tiempo en rango se traducen en menor

manifestación de enfermedad cardiovascular a largo plazo, la que constituye la principal causa de enfermedad y muerte de las personas con diabetes. No hay evidencia concluyente aún respecto a la prolongación de la expectativa de vida de las personas con diabetes en relación al uso de dispositivos de MCG. Esta tecnología tiene pocos años de uso generalizado en el mundo. Sin embargo, se puede considerar que si la utilización de estos dispositivos mejora el resultado general del tratamiento de la diabetes, evita complicaciones agudas, reduce la posibilidad de desarrollo de lesiones evolutivas crónicas y mejora la calidad de vida, es probable que colabore con el aumento de la expectativa de vida de estas personas.-

Mientras que en audiencia videoregistrada, prestó declaración testimonial el médico tratante de la actora, Dr. Daniel Giorgini. Relató que tenía una relación de amistad-paciente de aproximadamente ocho años; que la Sra. Velgas fue su pareja en el pasado; que es prestador de OSEP; que tiene interés en que mucha gente con diabetes pueda beneficiarse con el resultado del juicio para mejorar la calidad de vida; que es diabético; que la actora padece de diabetes mellitus tipo 1; que es una enfermedad autoinmune; que los métodos de medición de la glucosa fueron evolucionando; que en un principio se medían por orina, luego digitopunción y tira reactiva y actualmente sistema de monitoreo continuo Freestyle Libre, que marca la glucosa actual y tendencia futura; que los episodios de hipoglucemia pueden llevar a la internación o a tener un accidente de tránsito; que OSEP aporta 100 tiras reactivas por mes, cuando lo ideal serían 5 controles diarios; que con el sensor se modifica sustancialmente la calidad de vida; que no pasa tanto por pincharse, sino por las prestaciones del

aparato; que hay pacientes que lo necesitan, cuando padecen tipo 1 y mucha variabilidad; que el aparato es un gran arma para evitar complicaciones posteriores; que uno de los problemas del sensor es que mide en líquido intersticial y puede presentar retraso o delay en marcar la glucosa en sangre; que ello no implica riesgo y es fácilmente solucionable; que más de 20 tiras por mes no se usan; que la exactitud de valores no hace a la evolución de la enfermedad; que lo importante es el tiempo con el que se está con valores anormales; que la digitopunción tampoco es perfecta, porque la glucemia capilar no es igual a la de un análisis de sangre; que ninguno de los dos métodos es perfectamente preciso; que los dos permiten saber que se está en un rango aceptable; que el Freestyle permite medirse las veces que se quiera; que el método influye en tener la diabetes bien controlada para evitar inconvenientes; que las tiras fueron importantes en el pasado, pero hoy se ha avanzado al sensor.-

La circunstancia de que el deponente haya afirmado tener una relación de amistad-paciente y una relación de pareja pasada con la accionante, como asimismo un interés general de que los diabéticos puedan acceder al dispositivo, no permiten descartar sin más el testimonio pues, en lo que se refiere a los aspectos técnicos de los métodos de medición de la glucosa, la declaración es, en general, coincidente con el informe de la Sociedad Argentina de Diabetes, mientras que, en lo que respecta a la historia clínica de la paciente, la misma también se encuentra reflejada en el legajo de OSEP, quien no ha ofrecido prueba tendiente a desacreditar el diagnóstico efectuado por el médico tratante.-

II.d.- Solución del caso

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

II.d.1.- Como se señaló ut supra, no se encuentra controvertido que la actora, Sra. Miriam Eliana Velgas, es afiliada a la Obra Social de Empleados Públicos, que padece de diabetes mellitus tipo 1, que la obra social le presta cobertura mediante plan especial y que, entre otras prestaciones, le provee un método de medición de la glucosa mediante punción capilar y a través de cien tiras reactivas por mes.-

De la prueba reseñada precedentemente se desprende que la enfermedad de la paciente es crónica y tiene una evolución aproximada de ocho años, que es insulino dependiente y posee variabilidad glucémica, conforme surge del resumen de historia clínica y reportes obrantes en el legajo, con numerosos valores por encima y por debajo del intervalo normal.-

Por otro lado, mediante el informe de la Sociedad Argentina de Diabetes -organización científica sin fines de lucro, constituida por profesionales de la salud, conf. <http://diabetes.org.ar> ha quedado acreditado que el sistema de monitoreo continuo, denominado Freestyle Libre, representa un avance tecnológico en los métodos de medición de la glucosa y proporciona mayores ventajas que el de las tiras reactivas a pacientes con diabetes mellitus tipo 1 y alta variabilidad glucémica, como la amparista. Surge del informe que tales ventajas no se limitan a la única circunstancia de evitar las permanentes punciones. Sino que, frente a la información estática y limitada en el tiempo que brinda el método capilar, el sistema de monitoreo continuo provee información instantánea, permanente, dinámica, con historial, variaciones y tendencias de valores, todo lo cual permite tomar mejores decisiones terapéuticas, optimizar el control glucémico en todo el curso del día y la noche, reducir la variabilidad glucémica y

asegurar los resultados del tratamiento, con consecuencia directa sobre la calidad de vida del paciente diabético como asimismo en la prevención y evitación de complicaciones agudas y lesiones evolutivas, con efecto indirecto sobre la expectativa de vida.-

Es cierto que, como afirmó OSEP, entre las indicaciones del dispositivo se encuentra que, en ciertas ocasiones, los niveles medidos por el sensor pueden no reflejar los niveles de glucosa en sangre de manera exacta, lo cual también fue referido por el Dr. Giorgini, como un retraso en la medición, por el hecho de que mide la glucosa en líquido intersticial, en lugar de sangre.-

Ahora bien, el médico tratante señaló que el “delay” no implicaba riesgo y era fácilmente solucionable, con no más de veinte tiras reactivas por mes, para verificar la exactitud de la medición en ocasiones especiales. Mientras que, a pesar de aquella circunstancia, la Sociedad Argentina de Diabetes informó que el método de monitoreo continuo puede beneficiar ampliamente a una persona que padece de diabetes mellitus tipo 1 con alta variabilidad glucémica, destacando las utilidades que proporciona en relación a la digitopunción. De este modo, se advierte que el inconveniente no sólo es subsanable, sino que no resultaría mayormente relevante frente a las restantes ventajas comparativas del sistema. A lo que cabe agregar que, en estas circunstancias, es el médico tratante de la afiliada el responsable de los efectos que la prestación prescrita produzca en su salud (conf. CFA Paraná, “A. N. B c/ OSDE”, 12/07/2018, MJ-JU-M-112803-AR).-

En consecuencia, teniendo en cuenta las ventajas cualitativas que presenta el nuevo dispositivo de medición de glucosa aprobado por la ANMAT en el tratamiento de la diabetes de las características que presenta la actora y en la prevención de

complicaciones agudas y lesiones evolutivas, con incidencia mediata en la expectativa de vida, puede concluirse que la negativa de la obra social a proveer cobertura del sistema Freestyle Libre constituye una restricción al derecho de salud de la accionante, a los términos del art. 43 CN y art. 219 CPCCT.-

II.d.2.- En lo que se refiere a la legalidad o arbitrariedad de la denegación, tenemos que si bien la Ley 23.753 de Problemática y Prevención de la Diabetes, según modificación de la Ley 26.914, refiere a la cobertura de “reactivos” de diagnóstico y que las Resoluciones del Ministerio de Salud 1156/2014 y 423/2018 comprenden en el Sistema de Prestaciones Médicas Obligatorias (PMO) la provisión de tiras reactivas, no puede soslayarse que la propia norma prevé la necesidad de actualizar el catálogo de prestaciones a luz del avance de la ciencia, al determinar que se garantizará la producción, distribución y dispensación de los medicamentos y reactivos de diagnóstico para autocontrol de los pacientes con diabetes, con el objeto de asegurarles el acceso a una terapia adecuada de acuerdo a los conocimientos científicos, tecnológicos y farmacológicos aprobados, así como su control evolutivo (art. 1°), como asimismo que “la Autoridad de Aplicación de la presente ley establecerá Normas de Provisión de Medicamentos e Insumos, las que deberán ser revisadas y actualizadas como mínimo cada 2 (dos) años, a fin de poder incluir en la cobertura los avances farmacológicos y tecnológicos, que resulten de aplicación en la terapia de la diabetes y promuevan una mejora en la calidad de vida de los pacientes diabéticos” (art. 5°) (el subrayado no está en el original).-

Sobre este aspecto, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que, encontrándose involucrada la protección del

derecho a la salud, no corresponde restringir el alcance de la cobertura, sino que debe adoptarse una posición que resguarde y favorezca tal derecho tutelado, en íntima relación con el derecho a la vida. El derecho a la salud debe reconocerse como el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, lo que involucra entre otras cosas posibilitar el acceso a los beneficios y avances científicos que se producen en el campo de la ciencia médica para lograr su concreción (conf. S.C.J.M., causa n° 13-03894892-4/1, “SWISS MEDICAL”, 17/08/2017), máxime cuando en el caso, el sistema de monitoreo continuo ha sido aprobado por la ANMAT.-

Por otro lado, entre los objetivos del Programa Nacional de Prevención y Control de Diabetes Mellitus (PRONADIA) se encuentra el de mejorar el automanejo de las personas con diabetes mellitus, mientras que entre los objetivos del Programa Provincial sancionado por Ley 6715, aparece el de mejorar la salud y calidad de vida del paciente diabético, proporcionando los instrumentos educativos necesarios para el conocimiento de la patología por parte del paciente y sus familiares, y también limitar mediante la prevención la aparición de complicaciones agudas y crónicas, logrando de esa forma disminuir la morbimortalidad y por ende el costo de la enfermedad para el enfermo y el estado.-

Cabe recordar que el Programa Médico Obligatorio (PMO) sólo configura un piso que contiene una enumeración no taxativa ni rígida de prestaciones mínimas en cabeza de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, por lo que la circunstancia de que ciertas prestaciones no hayan sido expresamente previstas no obsta su otorgamiento, pues aquellas constituyen un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud, pero que puede y debe ser elastizado

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

en el caso concreto, en la medida en que estén comprometidos la vida y la salud de las personas. La tecnología y la medicina avanzan rápidamente en el tratamiento de diversas enfermedades y la normativa que regula las prestaciones médicas a cargo de las obras sociales resulta muchas veces atrasada e insuficiente, de lo cual se deriva la insoslayable consideración del PMO como un piso básico y mutable de prestaciones, que se nutre de las nuevas técnicas y tiene un fin integral que supera el mero sufragio económico de la práctica médica. En esa inteligencia la jurisprudencia ha sostenido de manera uniforme que el PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima, debajo de la cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, más no necesariamente conforma su tope máximo (conf. esta Cámara, en L.S.C. 53, FS. 395/401, 31/10/2018).-

Así, se ha dicho que en cuanto a la protección de la salud de las personas, ni las obras sociales, ni las entidades de medicina prepaga pueden esconderse en interpretaciones injustas para retacear la calidad y la más avanzada tecnología a su alcance, si estos medios son necesarios, convenientes, útiles o indispensables para proporcionar al paciente una mejor calidad de vida, ya sea proporcionándole prótesis y/o herramientas necesarias para superar discapacidades o para disminuir en lo que fuera posible, los efectos que pudiera ocasionar un determinado padecimiento (conf. Bucich-Méndez, “El derecho a la salud desde una mirada integrativa”, IL online AR/DOC/3339/2017).-

A lo expuesto, cabe agregar que la demandada no ha negado la afirmación contenida en la demanda y corroborada por el testigo, acerca de que el costo económico mensual del

sistema de monitoreo continuo (dos sensores al mes) es menor o igual al de las cien tiras reactivas actualmente provistas, como asimismo que la eficacia que el mismo tiene en la reducción y prevención de complicaciones incidiría mediatamente en el ahorro de coberturas de mayor entidad.-

Como puede advertirse, en el presente caso no nos encontramos frente a un nuevo método cuestionable o dos métodos igualmente aceptables, en cuya situación la judicatura debe respetar el poder de valoración otorgado a la Administración, sin sustituir decisiones tomadas dentro del marco de la discrecionalidad razonable (conf. S.C.J.M., causa nº 13-03871815-5, 29/03/2017).-

Por el contrario, frente a las probadas ventajas del dispositivo de monitoreo continuo aprobado por la ANMAT en el tratamiento de la diabetes del tipo y características que presenta la afiliada Miriam Velgas, con incidencia favorable en su calidad de vida y derecho a la salud, y no encontrándose acreditado que la prestación ponga en riesgo el sistema de salud por la incidencia de sus costos, no se advierte fundamento válido ni razonabilidad alguna en la decisión de la obra social de mantener el método anterior y denegar la cobertura del producto de medición requerido, configurándose el recaudo de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que autoriza la procedencia del amparo.-

II.d.3.- En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia.-

Así, en nuestra Provincia se ha confirmado la condena a OSEP a brindar cobertura del dispositivo Freestyle Libre, al considerar que no se había aportado prueba que desvirtuara la

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

contundencia de los beneficios y la mejora en la calidad de vida de los pacientes implicados el utilizar tal tecnología (conf. 2° Cám. Civ., 1° Circ. Jud., causa N° 53.533, "BUSSE", 25/10/2016).-

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal admitió la cobertura del método Freestyle Libre en el caso de una peticionante con diagnóstico de DBT 1 lábil, con múltiples hipoglucemias y requerimiento de monitoreos glucémicos múltiples (CNCCFed., sala 3, "S.S. c/ SWISS MEDICAL", 19/06/18, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar>).-

La Cámara Federal de Paraná admitió un amparo en igual sentido, al considerar acreditada la necesidad de la amparista de contar con el dispositivo de referencia, en atención al tiempo de la enfermedad y por presentar una variabilidad glucémica importante, lo que le provoca hipoglucemias frecuentes, con las consecuencias que ello implica. Mientras que la demandada no debe excusarse en la no obligatoriedad, puesto que las prestaciones establecidas en el PMO constituyen un piso básico insoslayable, el que se encuentra sujeto a actualización periódica atento el carácter dinámico que tiene la evolución de la ciencia médica (conf. CFA Paraná, "A. N. B c/ OSDE", 12/07/2018, MJ-JU-M-112803-AR).-

El Superior Tribunal de Río Negro confirmó una sentencia que ordenaba la provisión del mismo sistema de monitorio, señalando que había quedado acreditada la necesidad del dispositivo "Freestyle libre" conforme lo prescriben los especialistas, que resultaba necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente, que arribar a una solución contraria traería aparejado un desmedro en la salud, máxime al tratarse de una afección que lo acompañará por el resto de su vida, y que requiere de especiales controles. Concluyó que, frente a ello, no

resultaba arbitrario el fallo que ante la expresa indicación del uso de una nueva tecnología para mejorar la calidad de vida del paciente y preservar su integridad física, ordenó la cobertura de lo prescripto por las médicas especialistas (STJ Río Negro, "ALBARRACIN", 09/10/2019, <https://fallos.jusrionegro.gov.ar>).-

III.- CONCLUSIÓN

Atento a las consideraciones vertidas, corresponde acoger el recurso de apelación incoado por la parte actora y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida, disponiendo en su lugar la admisión de la acción de amparo y ordenar a OSEP la cobertura del dispositivo de monitoreo continuo de glucosa Freestyle Libre.-

Así lo voto.-

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS DRES. MARÍN Y BERMEJO DIJERON:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.-

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. BONINO DIJO:

I.- Las costas

Las costas de ambas instancias deberán ser impuestas a la demandada, por haber resultado vencida (conf. art. 36 CPCCT).-

II.- Los honorarios

La regulación de honorarios al abogado de la parte actora se practicará por aplicación de los arts. 10, 15 y cc. de la Ley 9131, y art. 33 ap. III CPCCT, con la reducción efectuada en

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

primera instancia conforme art. 1255 CCyC (1,5 JUS), por no haber sido motivo de agravio.-

No corresponde regular honorarios a los profesionales que asistieron a las entidades públicas, en razón de lo dispuesto por la Ley 5.394 y haber resultado vencidas.-

Así lo voto.-

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS DRES. MARÍN Y BERMEJO DIJERON:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.-

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

SAN RAFAEL, 15 de abril de 2021.-

Y VISTOS:-

Por lo que resulta del acuerdo precedentemente celebrado, se

RESUELVE:-

I.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante presentación digital Id MeeD GISXG181524 y, en consecuencia, REVOCAR la sentencia de fs. 27, la que deberá quedar redactada del siguiente modo:

“1) ADMITIR la Acción de Amparo interpuesta en autos por la Sra. Miriam Eliana Velgas y condenar a la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) a brindar cobertura del dispositivo de monitoreo de glucosa Freestyle Libre, en el plazo de dos días”.-

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, CO-PRIMERA - 2DA CIRC.

PODER JUDICIAL MENDOZA

“II) IMPONER las costas a la demandada”.-

“III) REGULAR los honorarios del Dr. Rodolfo Geuna en la suma de pesos sesenta y cuatro mil doscientos sesenta y dos (\$64.262)”.-

II.- IMPONER las costas de alzada a la demandada.-

III.- REGULAR los honorarios del Dr. Rodolfo Geuna, por su actuación en alzada, en la suma de PESOS VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE (\$ 27.847).-

NOTIFÍQUESE por cédula de oficio y oportunamente bajen.-