

///MA, 21 de marzo de 2018.-

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. BAROTTO, Adriana C. ZARATIEGUI, Liliana L. PICCININI, Ricardo A. APCARIÁN y Enrique J. MANSILLA. con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "BAFFONI, MARIA VICTORIA Y CERUTTI, RODOLFO GUSTAVO C/ OSDE S/ AMPARO (c) S/ APELACION" (Expte. N° 29617/17-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones al Tribunal en virtud de los recursos de apelación deducidos a fs. 392/393 vta. por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, Dra. Elizabeth Quesada, contra la sentencia obrante a fs. 385/390 vta. dictada por la Dra. Verónica Hernández a cargo del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 9 de Gral. Roca, y por el apoderado de OSDE, Dr. Rodrigo Scianca a fs. 433/439 vta. contra la Resolución de fecha 18 de agosto de 2017 (fs. 421/424) que rechazó parcialmente la planilla de liquidación practicada por los amparistas y determinó las astreintes en la suma total y definitiva de \$100.000 (dos días), suma que debería ser abonada en el plazo de diez días desde la notificación de la resolución, bajo apercibimiento de ejecución.

Cabe precisar que este Tribunal mediante el A.I. N° 23/17 de fecha 7 de diciembre de 2017 hizo lugar al recurso de queja deducido en las actuaciones y en consecuencia declaró admisible el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de OSDE, conforme constancia de fs. 551/552.

Retomando el análisis de los recursos planteados corresponde precisar que a fs. 562/563 vta. la Sra. Defensora General, Dra. María Rita Custet Llambi, hace saber en relación al recurso deducido por la Dra. Quesada (a fs. 392/393 vta.), que la misma ha manifestado a la Defensoría General su voluntad de desistimiento, motivada en el entendimiento de que lo oportunamente planteado como agravio en su libelo recursivo fue resuelto con posterioridad de manera satisfactoria, en virtud de lo cual y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 21 inc. d) de la Ley K 4199, desiste del recurso interpuesto y solicita se rechace el recurso de apelación interpuesto por la requerida en atención a que la prepaga se

encontraba notificada de las consecuencias de su incumplimiento -hacía cuatro días-. El apoderado de la demandada al fundar el recurso de apelación, se agravia por la imposición de astreintes.

Destaca que la actora hizo todo lo posible para que OSDE no pudiera cumplir ya que no informó sobre los pasajes, las reservas de alojamiento ni se contactó previamente desde La Rioja (lugar de realización de una de las prácticas) decidiendo asimismo abonar antes de que pudiera hacerlo la prestadora.

Cuestiona que se sancionó a su mandante por el fin de semana (días 22/07 y 23/07) pese a que fue notificado de la imposición de astreintes el día 21/7 y el a quo tuvo por acreditado que el día lunes 24/07 habría asumido la cobertura del tratamiento ordenado -conforme el intercambio de correos electrónicos con el Instituto de La Rioja-, culpándola sin embargo de falta de previsibilidad para disponer prestaciones.

Aclara que debe desestimarse la aplicación de astreintes toda vez que no se acreditó el elemento subjetivo (intencionalidad dolosa: resistencia), que existe un enriquecimiento sin causa a favor de la amparista y que tampoco se justificó el monto diario de la multa con respecto al caudal económico de su mandante, puesto que la sanción no encuentra relación con el presunto perjuicio sufrido.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 565/569 vta. el señor Procurador General doctor Jorge Oscar Crespo, dictamina que se deberá tener por desistido el recurso de apelación interpuesto por la Defensora de Menores e Incapaces Elizabeth Quesada, y, por otra parte, rechazar el recurso de apelación incoado por el apoderado de OSDE, confirmando la resolución obrante a fs. 421/424 dictada por la Dra. Verónica I. Hernández.

Adelanta su opinión en el sentido que no puede ser receptado favorablemente, en atención a la clara doctrina del Superior Tribunal de Justicia según la cual la sentencia de amparo solo es revisable respecto a las cuestiones que hacen al fondo o esencia del objeto de la pretensión, pero no para las secundarias o accesorias (cfrme. STJRNS4 Se.75/13 ?BELLO?)

No obstante y toda vez que OSDE plantea como agravio fundamental una vulneración a su derecho de defensa (supuesto que habilita la excepción a la citada regla conforme la doctrina emergente de Se. 103/17 ?FALCONE?) aborda el tratamiento de ese puntual planteo.

En tal sentido destaca que si bien la prestadora fue notificada de la sanción de astreintes por incumplimiento el día viernes 21 de julio a las 12.00 hs, (cfrme cédula fs. 237) ,

sabía que debía cumplir con la resolución que hizo lugar al amparo y ordenó la cobertura del 100% del tratamiento intensivo, ya que era "bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias por encima del valor de la prestación ordenada", medida ésta que le fue comunicada el día 17 de julio de 2017 (fs. 234).

Sostiene que le asiste razón a la sentenciante cuando afirma que la prepaga no ha tenido la previsibilidad necesaria para dar cumplimiento a la prestación en tiempo y forma, de conformidad con las pautas ordenadas en la resolución, recayendo sobre los padres la carga de cumplir con los trámites correspondientes para el pago de las prestaciones.

Destaca además que no obstante lo señalado, la Magistrada acotó la imposición de la sanción a solo dos (2) días de los siete (7) solicitados, en el entendimiento que el día 24 de julio habría asumido la cobertura del tratamiento ordenado.

En suma, considera que corresponde el rechazo del recurso intentado por OSDE por no acontecer, en el caso en examen, la configuración de un supuesto que habilite una excepción a la antes citada regla de aplicación de la ley P n° 2921.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Atento el desistimiento antes referido corresponde ahora analizar los agravios esgrimidos por la requerida.

A modo de breve reseña cabe destacar que la sentencia hizo lugar al amparo interpuesto ordenando a la Obra Social OSDE para que en el término de TRES (3) DÍAS, procediera a brindar inmediata e íntegra cobertura (100%), de las prestaciones pendientes requeridas por la menor como consecuencia de su discapacidad, consistentes en el tratamiento intensivo mediante método PROMPT en el Instituto María de la Paz de La Rioja (Centro de Rehabilitación Neurológica Infante-Juvenil), el estudio de videoelectroencefalograma en los consultorios de Epilepsia del Dr. Roberto Caraballo de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un acompañante terapéutica que la asistiera en la concurrencia al Jardín "Mi Pequeño Mundo", bajo apercibimiento de hacer pasible de astreintes al titular del organismo y a los funcionarios responsables de la manda judicial, y de incurrir los mismos en desobediencia a una orden judicial (art. 239 C. Penal).

A fs. 232 se presentan los amparistas manifestando que a la fecha de inicio del tratamiento (20 de julio de 2017), el mismo debía ser abonado, y la accionada no habría cumplido con la orden judicial, y tampoco se habría puesto en contacto con su parte, por lo que solicita se impongan astreintes por la suma de \$ 100.000.

Efectivamente, la Jueza de amparo a fs. 421/424 tiene por acreditado tal incumplimiento

y ordena hacer efectivo el apercibimiento aplicando una sanción de \$ 50.000 por cada día de retardo a favor de los amparistas a partir de la notificación de la providencia y de mantenerse el incumplimiento denunciado, resolución que debe ser analizada en esta oportunidad a fin de dilucidar si se afectó el derecho de defensa o si se incurrió en arbitrariedad.

Observo que al impugnar el valor al que arriban los amparistas, el apoderado de la demandada lo hace con fundamento en que de modo alguno se intenta evadir o eludir el cumplimiento de la cautelar dado que no ha existido reticencia alguna de parte de la Organización, por lo que requiere un correcto análisis de la actitud que ha tomado de acuerdo al incumplimiento de la medida que le fue ordenada; asimismo que se han computado días inhábiles (un sábado y domingo) y no existe una equivalencia entre la multa, el perjuicio efectivamente sufrido y la capacidad económica del obligado.

Corresponde tener presente que las astreintes en tanto sanciones pecuniarias de carácter conminatorio se corresponden con una facultad de orden que todo Magistrado puede y debe ejercer, llegado el caso de incumplimiento, pero que a la vez resultan disponibles por el mismo Juez: "Así la jurisprudencia ha expresado: "...no cabe reparar sólo en un mero cómputo de los días transcurridos sí, en términos generales, se observa una conducta que si bien no habilita, en las particulares circunstancias del caso, a dejar sin efecto las astreintes, resulta procedente admitir su reducción conforme lo propicia el juez de primera instancia " (Conf. "Bustos, Segundo c/ EFA s/ accidente" del 25/06/04, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII).

La exigencia de razonabilidad y proporcionalidad que debe primar en la determinación del monto de las sanciones conminatorias no es la satisfacción del interés pecuniario del acreedor sino vencer la resistencia del deudor a acatar lo ordenado (cf. "Flores Luciano vs. Estado Provincial y otro s/Amparo por Mora- Rec. De Inconstitucionalidad" STJ de Jujuy. 21/11/00- Boletín Judicial del departamento de Jurisprudencia y Publicaciones e Informática del Poder Judicial de Jujuy; RC J 4565/09).

La doctrina es conteste en tal sentido: "la astreintes tienen como finalidad vencer la resistencia de un deudor recalcitrante que se obstina en no cumplir, pese a la existencia de un mandato judicial que lo obliga a ello. Es una forma de coacción psicológica a doblegar la voluntad del renuente (Trigo Represas y Compagnucci de Caso, en Cód. Civil de la República Argentina, Explicado, T° II, Rubinzal Culzoni, 2011, p.725). No constituyen una condena, sino una amenaza a ser condenado. Al respecto se ha dicho que no corresponde aplicarlas a quien no es un litigante recalcitrante en el cumplimiento

de la sentencia, aunque lo haga con cierta demora y negligencia (CN. Civ., Sala A, 05/02/1974, LA LEY, 154-325).

En la misma línea, ¿las astreintes tienden a obtener el efectivo cumplimiento de un mandato judicial cuando es resistido por el obligado, mediante la aplicación de una condena pecuniaria que lo afecta mientras no haga lo debido (art. 37 Cód. Proc. Civ. y Comercial), (conf. SCBA, Ac. 90941 S 08/03/2006, Juba sum. B28240). Habiendo sido reconocido en doctrina que, ¿...las astreintes no causan estado ni pasan en autoridad de cosa juzgada, razón por la cual pueden ser revisadas y dejadas sin efecto si el deudor justifica total o parcialmente su proceder...? y.... que, ¿... la viabilidad de esas alternativas, solo puede ser examinada con motivo del cumplimiento de la obligación de que se trate de modo que no pueden ser revisadas ni dejadas sin efecto si la contumacia no cesa, pues de lo contrario se las despojaría de su carácter conminatorio? (este Tribunal, expte. 10130, reg. int. 79 (R) del 12/05/2015). En (C. Civ. y Com. Necochea 26/12/2016 ?C., M. C. c. S., H. E. s/ alimentos? La Ley Online; AR/JUR/100195/2016). Por ello también se ha reconocido que ¿La sanción de astreintes debe disminuirse si no resulta proporcional con los perjuicios generados por la demora en el cumplimiento de la sentencia ni con el actuar del apelante, quien, si bien podría haber adoptado una mayor diligencia en su obrar, no puede ser considerado como un incumplidor recalcitrante. (CNCiv. SalaB. 04/07/2016 ?Luques, Silvina Nora y otros c. Husson, Alejandra s/ interdicto. LA LEY 10/08/2016, 10/08/2016, 11 - LA LEY2016-D, 600 AR/JUR/44008/2016).

Atento lo expuesto, reparo que en el caso de autos el monto finalmente impuesto por la magistrada amerita una revisión.

La propia Magistrada en su resolución de fs. 421/424 manifestó que: ??Es importante recordar que la resolución de la cautelar ordenaba "otorgue la cobertura", y con el intercambio de mails adjuntados, ha acreditado la demandada haber asumido la cobertura de la prestación solicitada y realizado gestiones tendientes al pago de la misma. Es decir, no se observa una negativa expresa, una reticencia, o falta de compromiso que amerite prolongar mas allá del tiempo estipulado la sanción conminatoria fijada...?.

Considero que en autos, conforme los antecedentes obrantes no surge con claridad la manifiesta resistencia de la requerida y menos aún que se trate de un deudor recalcitrante que se obstina en no cumplir, máxime cuando el supuesto incumplimiento correspondería a dos días inhábiles.

Respecto a éstos últimos, entiendo que no obstante diferentes criterios jurisprudenciales, sobre el cómputo de días inhábiles, para el caso de autos, teniendo en cuenta que la demandada debía cumplir con un mandato que sólo era posible hacerlo en días hábiles, correspondería concluir que las astreintes no se devenguen en tales días.

Tiene dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D (Autos *Bigolin* AR/JUR/64928/2016) que se ha resuelto en ciertos casos, revocar la decisión que dispuso que la liquidación de astreintes impuestas a la parte demandada contara como días alcanzados por esa sanción los inhábiles judiciales. Se dijo en este sentido, que no se desconocían los diversos precedentes judiciales que darían pie para que aquéllas sean calculadas incrementando su monto a partir de tenerlas por devengadas también por al transcurso de días inhábiles, pero que "... una razón de índole procesal, que atiende al alcance de la sanción impuesta en el expediente, aconseja contar sólo los días hábiles judiciales...". (Cfr. CNCom. *Grufintas S.A. c. Tasseli Sergio s/Medida Precautoria* C. 2009-04-14). En otra ocasión se resolvió que "...tratándose de sanciones conminatorias aplicadas a la AFIP en el marco de un proceso judicial, su liquidación sólo puede comprender los días hábiles administrativos pues la naturaleza de la actividad de la nombrada le impide el cumplimiento en días inhábiles..." (cfr. CN Com. *Salzer Hanos S.A. S7 Quiebra s/Incidente de Revisión* E., 27/04/2010)?.

Tengo presente que este Cuerpo ha expresado reiteradamente que en los procesos de amparo la única sentencia recurrible, conforme a la Ley P n° 2921 es la que resuelve la cuestión constitucional de fondo (cf. STJRNS4 75/13 *BELLO*?, Se. 44/14 "PROVINCIA DE RÍO NEGRO" y Se. 27/15 *BARDEGGIA*? entre otros). No resultan apelables, en cambio, aspectos procesales o colaterales que no hacen a la citada cuestión sustancial (cf. STJRNS4 Se. 91/14 *UNIÓN PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN*?, Se. 99/15 *GONZALEZ*? y Se. 75/16 *KOBERSTEIN*?).

Sin embargo, en el caso en examen se advierte un supuesto que habilita una excepción a la regla de aplicación de la ley P N° 2921, en tanto se ha configurado un supuesto de arbitrariedad manifiesta con lesión al derecho de defensa (Se. 103/17 *FALCONE*?) conforme lo ha manifestado el recurrente a fs. 436 vta., punto 2.4.

DECISIÓN

Expresado lo anterior, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia N° 305/17 del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 9 de la II Circunscripción presentado en autos. Y así, propongo al Cuerpo:

I.- Tener por desistido el recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora de

Menores e Incapaces doctora Elizabeth Quesada.

II.- Hacer lugar al recurso de apelación incoado por el apoderado de OSDE, Dr. Rodrigo E. Scianca, de fs. 433/439 vta. revocando la imposición de astreintes de fs. 421/424.

III.- Costas por su orden (cf. art. 68 parte 2 del CPCC).

MI VOTO.

Las señoras Juezas doctoras Adriana C. ZARATIEGUI, Liliana L. PICCININI y el señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN, dijeron:

Adherimos al voto y solución propuesta por el señor Juez preopinante. ASI - VOTAMOS.

El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA, dijo:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art.39 L.O.). MI VOTO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Tener por desistido el recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Elizabeth Quesada, conforme los fundamentos dados en los considerandos.

Segundo: Hacer lugar al recurso de apelación incoado por el apoderado de OSDE, Dr. Rodrigo E. Scianca, de fs. 433/439 vta. revocando la imposición de astreintes de fs. 421/424.

Tercero: Costas por su orden (cf. art. 68 parte 2 del CPCC).

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen.

Fdo.: BAROTTO - ZARATIEGUI - PICCININI - APCARIÁN - MANSILLA EN
ABSTENCION - ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: T° I Se. N° 24 F° 84/87 Sec. N° 4