

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Sres. Jueces:

I

A fs. 76 se remiten las presentes actuaciones a esta Procuración General, previo a resolver el recurso de apelación deducido en autos (Art. 11 ley K Nº 4199).

El remedio es incoado por el apoderado de la Fiscalía de Estado contra la sentencia de fecha 22.05.20 ordenada por la Jueza de amparo, Andrea V. de la Iglesia, titular del Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones Nº 3 de la IIda Circunscripción Judicial, por la cual resolvió rechazar los planteos de la requerida y aprobar la liquidación por la suma de \$312.000 en concepto de capital de astreintes, devengado desde el 10.12.19 hasta el 21.02.20 por considerar incumplida la sentencia que hiciera lugar a la acción de amparo incoada por la Sra. V. T.S. contra el Instituto Provincial del Seguro de Salud (IPROSS)

ANTECEDENTES

En fecha 13.09.19 se presenta ante el Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones Nº 3 de General Roca la Sra. S. V. T.interponiendo acción de amparo *in voce* contra el Instituto Provincial del Seguro de Salud -IPROSS- a los fines de que le provean un audífono implantable para, posteriormente, realizarse una cirugía.

En virtud de ello y conforme surge de lo actuado –a cuya lectura remito- en su sentencia por lo principal de fecha 13.11.2019 hace lugar a la acción, ordenando que en el plazo de cinco (05) días de notificada adopte la obra social en forma concreta, efectiva y eficaz todas las medidas necesarias, coordinadas, idóneas y razonables a los fines de que la Sra. S. cuente con el audífono implantable en su oído izquierdo, necesario para poder ser intervenida quirúrgicamente, conforme lo prescripto por su médico tratante.

Frente al incumplimiento, la amparista practica liquidación de astreintes que arroja como resultado final la suma de \$650.000 (contados entre los días 13.12.19 al 21.02.20), denunciando que a la fecha de presentación persistía el incumplimiento de la demandada con lo ordenando en sentencia definitiva de fecha 13.11.19.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Corrido el traslado de la liquidación de astreintes practicada, se reitera la intimación al IPROSS para que cumpla en forma urgente con lo ordenado en autos y bajo apercibimiento de elevarse las astreintes a la suma de \$20.000.

A fs. 19 se hacen efectivas las astreintes por la suma de \$20.000.- y se intima nuevamente a la demandada bajo apercibimiento de elevarlas a la suma de \$25.000.

A fs. 32 luce certificado médico donde consta que al 30.04.20 no ha sido recibido el implante, denunciándose que persiste el incumplimiento por lo que la actora solicita se hagan efectivas las astreintes y que se apruebe la planilla practicada por su parte.

RESOLUCION IMPUGNADA

En su decisión de fs.36/38 de fecha la magistrada inicialmente efectúa un *racconto* de la cuestión. De ese modo precisa que el 27.04.20 y el 05.05.20 la amparista presenta escritos digitales solicitando la habilitación del receso extraordinario, informando que persiste el incumplimiento de la demandada, peticiona quede firme la planilla practicada y asimismo confecciona nueva planilla de liquidación de astreintes por las nuevas sumas devengadas.

Consecuentemente, 15.05.20, la Fiscalía de Estado impugna la planilla de liquidación de astreintes, solicita se dejen sin efecto y en subsidio solicita su morigeración toda vez que expresa haber realizado todos los actos a su alcance para adquirir el material requerido alegando que al ser importado el audífono se han producido demoras ajenas a la Obra Social.

En ese sentido informa que la importación del producto se efectúa a través de la empresa Auditron S.A. la cual demoró en el envío de la factura, luego hubo problemas con el Banco y finalmente el aislamiento social obligatorio ha provocado la imposibilidad de efectivizar la entrega del aparato.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Expuestas las posiciones asumidas por las partes la magistrada ingresa en el análisis de la liquidación practicada precisando, en primer término, que: *“la demandada no cuestiona el devengamiento de astreintes sino que pretende justificar la demora en el cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en autos- y que a la fecha persiste- pretendiendo que se dejen sin efecto solicitando en subsidio su morigeración”*.

En atención a lo anterior analiza la planilla a fin de determinar la existencia de los presupuestos para el devengamiento y el computado de los plazos.

En ese cometido destaca la existencia de la resolución judicial que impone un deber jurídico, es decir, la sentencia definitiva firme de fecha 13.11.19 (fs.33/35).

Luego verifica su inobservancia injustificada en tanto la Obra Social no acreditó el cumplimiento del deber impuesto en el fallo mencionado.

Agrega el requisito consistente en que: *“además de la resolución que disponga la sanción pecuniaria para el caso de incumplimiento por el sujeto de ese deber, se requiere la resolución que acreditado el incumplimiento las imponga- las haga efectivas- y a pedido de parte- lo que ha ocurrido en este caso, conforme auto de fs. 43 de fecha 10/12/2019 que hace efectivo el apercibimiento de \$8.000 notificado en fecha 10/12/2019 conforme surge del sistema de notificaciones electrónicas- y auto de fs. 45 de fecha 27/12/2019 que hace efectivo el apercibimiento de \$15.000 -notificado en fecha 30/12/2019...”*.

Añade que -según doctrina del STJ- el deudor resulte recalcitrante siendo que en el supuesto se configura por cuanto *“pese a que la sentencia ha sido dictada el día 13 de noviembre de 2019 hasta la fecha sigue sin cumplir con lo cual el planteo defensivo de la demandada más bien es dogmático”*.

De lo expuesto concluye entonces que la imposición de astreintes contra la demandada resulta ajustado a derecho.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Luego, en relación al cómputo, tiene presente que comienzan a devengarse desde la fecha del auto que dispone hacer efectivo el apercibimiento y no desde la sentencia definitiva debiendo computarse los días en hábiles judiciales conforme el Art. 156 del CPCy C y no días corridos delimitándose de esa manera el lapso temporal y el monto que se ha devengado por astreintes.

En tal orden entiende que el período de tiempo abarca la fecha en que se hicieron efectivas -auto de fecha 10.12.2019 hasta la fecha de cálculo confeccionado por la actora 27.12.2019.

Afirma que: *“Bajo tales pautas los días hábiles judiciales operados desde el día 10/12/2019 hasta el día 27/12/2019 son 9 días hábiles judiciales y a \$ 8.000,00.- por cada día, ello arroja que el monto de astreintes devengado en ese periodo asciende a la suma de \$72.000.- y corresponderá aprobar la liquidación de astreintes por dicho monto.*

Y continúa: *“Por otro en relación a las astreintes de \$15.000.- que se hicieron efectivas por auto de fecha 27/12/2019 hasta la fecha de calculo de la actora 21/02/2020 -fecha de cargo- transcurrieron 16 días hábiles judiciales y a \$ 15.000,00.- por cada día, ello arroja que el monto de astreintes devengado en ese periodo asciende a la suma de \$240.000.- y corresponderá aprobar la liquidación de astreintes por dicho monto.*

En consecuencia el capital total de astreintes devengado entre los días 10/12/2019 hasta el día 21/02/2019 asciende a \$ 312.000.-(\$72.000 + 240.000) y por dicha suma corresponderá aprobar la planilla de liquidación”.

MEMORIAL DE AGRAVIOS

El apoderado de la Fiscalía de Estado se agravia invocando que la conducta seguida por IPROSS no encuadra en la figura del denominado deudor recalcitrante fijado por el STJ siendo el monto excesivo careciendo de razonabilidad.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Afirma que si bien el IPROSS ha acreditado haber efectuado todo lo que está a su alcance, la circunstancia de no ser el fabricante del audífono -sumado a que el elemento es importado- lo exponen a factores que no dependen de la Obra Social. En virtud de ello afirma que de manera alguna puede cargarse con astreintes, que además son totalmente irrazonables (pasaron de \$8.000 luego a \$15.000 y finalmente a \$20.000).

En esa línea indica que la presentación del 15.05.20 acreditó haber concretado todo lo que se encontraba a su disposición para la adquisición del audífono, incluso el 03.06.20 acreditó haber concretado el pago al proveedor y que la fecha probable de embarque sería 30.06.20.

Reconoce que desde el dictado de la sentencia, en el mes de noviembre de 2019 se han realizado las gestiones para proceder a la compra del material. Luego detalla el circuito administrativo explicando que, efectivamente, el 05.03.20 se emitió el comprobante de ejecución de anticipo de fondos y otros pagos extra presupuestarios y el 12.03.20 se realizó el pedido de transferencia al exterior. No obstante el banco, al momento de efectuar la transferencia, observó deficiencias en la factura pro-forma lo cual impidió realizar el pago.

De ello entiende que la sentenciante ha hecho caso omiso a sus explicaciones como así cambien la situación extraordinaria de la pandemia.

Expresa que ha dado cumplimiento a la sentencia por haber ejecutado las acciones necesarias, idóneas y razonables para la adquisición del audífono remarcando que la demora no resulta imputable al IPROSS.

Bajo el antecedente "BAFFONI" Se 24/17 de ese Cuerpo afirma que no se encuentran dados los parámetros para tildar a su poderdante como un deudor recalcitrante. Asimismo cita el Art. 804 del CCyC y un pronunciamiento de la Cámara Civil y Comercial de General Roca a cuya transcripción me remito.

Con relación al monto sostiene que la Obra Social de manera alguna puede subsistir con imposiciones de este tipo citando el antecedente "ICHAZO" de ese

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Cuerpo. Sostiene la inexistencia de una conducta que encuadre en la figura del litigante recalcitrante y subraya la exorbitancia de la suma. Incluso frente al carácter provisorio de las astreintes solicita sean dejadas sin efecto.

Ante el cumplimiento y las facultades dispuestas en el Art. 804 del CCyC peticiona una morigeración de la suma.

Finalmente entiende que la resolución del 22.05.20 resulta arbitraria pues se ha dado cumplimiento a la manda siendo, además, de resultar su monto diario (\$20.000) excesivo. Detalla que la misma trata de un supuesto de arbitrariedad en virtud de haber omitido considerar el cumplimiento de los términos de la sentencia.

CONTESTE DEL TRASLADO

En su responde la actora sostiene que a través de sus agravios, la Obra Social pretende atribuir los incumplimientos a factores ajenos a su voluntad, casi como si los mismos se trataran de un hecho fortuito o de una fuerza mayor.

Al respecto afirma que no basta con que la demandada manifieste haber realizado lo que estaba a su alcance sino que debió extremar los esfuerzos para responder a una necesidad básica y de urgencia como es la salud.

Remarca que, conforme surge de las actuaciones oportunamente acompañadas desde el mes de octubre del 2019 hasta el mes de mayo del 2020 el expediente administrativo estuvo en el área contable sosteniendo que la conducta de la Obra Social ha sido laxa.

Alude que desde la fecha en que la sentencia quedó firme, 10.12.19, hasta el 15.05.20, el proceder de IPROSS fue silenciosa y omisiva. De ese modo recuerda que la sentencia fijó el plazo de cinco (05) días para adoptar en forma concreta, efectiva y eficaz todas las medidas necesarias, coordinadas, idóneas y razonables a los fines de contar con el

Procuración General de la Provincia de Río Negro

audífono implantable.

Independientemente de los lineamientos expuestos, afirma que la recurrente recién en fecha 15.05.20 impugna la planilla de liquidación.

Afirma que el IPROSS demoró (sin contar todo el período previo a la sentencia) seis meses y tres días en brindar una respuesta sobre el estado en el que se encontraba el cumplimiento de la sentencia y a la fecha, a pesar de las gestiones realizadas, no ha logrado realizarse la intervención quirúrgica necesaria que le permita mejorar su audición, sino que por el contrario la misma ha empeorado.

En cuanto al segundo agravio afirma que si se hiciera lugar al pedido, se dejaría abierta la posibilidad a que cualquier prestador de servicio de salud, se tome el tiempo que crea considerable para responder a una demanda de salud.

Ante el pedido de morigeración, refiere que el monto ya ha sido disminuido por la instancia de grado habiéndose calculado por el periodo comprendido entre los días 10.12.19 hasta el 21.02.2019.

Agrega que a la fecha de la contestación (fines de junio), la amparista no cuenta aún con el audífono.

II

Ingresando en el análisis del recurso, he de recordar liminarmente que resulta improcedente la apelación de las decisiones -en el marco de las acciones procesales específicas de corte constitucional- sobre costas, honorarios y astreintes, pues el recurso sólo se habilita para conocer la cuestión de fondo.

A la luz de las consideraciones expuestas y habiendo realizado un análisis integral de las constancias de autos, tengo para mí que no puede tenerse a la accionada como

Procuración General de la Provincia de Río Negro

una deudora recalcitrante que se obstina en no cumplir.

Ese Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido que: “...*las 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, Tº 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)*” (Conf. STJRNCO, “G.”, Se. 96/18).

De las actuaciones surge que la recurrente, fue debidamente notificada de la cuestión que intenta rebatir, lo que ocurriera conforme providencia de fecha 10.12.19 haciendo efectivo el apercibimiento de astreintes dispuesto en el punto I segundo párrafo de la sentencia.

También se la intimó a fin de que en forma urgente se arbitren todas las medidas a su alcance a los fines de dar inmediato cumplimiento con el fallo, bajo apercibimiento de elevarse las astreintes a la suma de \$15.000.

Así se advierte que al mantener la conducta omisiva se dispuso hacer efectivo el apercibimiento.

Con lo cual, en primer lugar, habrá de indicarse que la sanción impuesta por un total de \$312.000 –ahora recurrida- se corresponde a la demora en el incumplimiento que abarca el lapso temporal que va desde el 10.12.2020 hasta el 21.02.2020 con un total de 25 días hábiles de acuerdo al cómputo que de ello realizada la propia magistrada.

En este punto cabe recordar que nos encontramos ante una acción de amparo referida a una cuestión de salud que cuenta con una sentencia favorable a la amparista de fecha 13.11.19 y que el IPROSS desde su notificación tenía cinco (05) días a los efectos de dar cumplimiento a lo ordenado sin perjuicio de lo cual, al momento la presente intervención, aparece como incumplida o por lo menos, ello no ha sido acreditado.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

No resulta una cuestión menor, el hecho de que la falta de repuesta al padecimiento de la afiliada –reclamo que conforme surge de la presentación se iniciara en el mes de marzo de 2019-, obligó a iniciar la instancia judicial en septiembre del mismo año.

Definido así el lapso temporal de la demora a cumplir por parte de la requerida, el que encuentra su límite el 21 de febrero de 2020 (25 días hábiles) conforme el mismo resolutorio lo indica, encuentro que el monto impuesto resulta desproporcionado.

Por otro lado, deberá tenerse presente que -luego de esa fecha- surgen los informes y documentación presentados por el IPROSS que dan cuenta de un cumplimiento – al menos parcial- producto de la actividad administrativa llevada adelante por el organismo. Como ejemplo de ello, es la cotización que se agrega como Anexo III de fecha 6.03.20 e incluso la solicitud al banco de transferencia -por el monto del valor cotizado- a fin de efectuar el pago a la empresa Zeal Trade Corp radicada en Estados Unidos.

En relación a ello, bien es cierto que, desde la declaración a nivel mundial de la pandemia consecuencia del Covid-19, todo lo relacionado con la adquisición de insumos importados –tal el caso del audífono que se requiere para poder llevar adelante la cirugía- se ha visto perjudicado, con consecuencias directas en los plazos de entrega por parte de los prestadores de los mismos.

Bajo dicha tesitura, considero que no surge en forma manifiesta una resistencia de la requerida al cumplimiento de la orden impartida.

A tenor de lo expuesto, merece recordar que uno de los caracteres esenciales de las astreintes consiste en su provisionalidad y, por consiguiente, la ausencia del atributo de la cosa juzgada respecto de la resolución que las impuso (Fallos 320:61; 326:3081), todo lo cual implica que su determinación no causa estado, pudiendo ser dejadas sin efecto o reajustadas en cualquier momento a criterio del tribunal interviniente.

En efecto, el artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro establece que las sanciones conminatorias “*podrán ser dejadas sin efecto o ser objeto de reajuste*” si el requerido “*desiste de su resistencia y justifica total o*

Procuración General de la Provincia de Río Negro

parcialmente su proceder".

Ahora bien, teniendo presente todas las circunstancias detalladas he de analizar el pedido de la demandada para que las astreintes fijadas en su contra sean dejadas sin efecto alegando el intento de dar cumplimiento a la condena judicial impuesta o subsidiariamente sean morigeradas.

Como surge de las actuaciones y conforme lo manifestara *supra*, el reclamo de la amparista data de marzo de 2019, fecha que habría sido autorizada la prestación y que, la inacción de la Obra Social conduce a la afiliada a la interposición del presente amparo, logrando sentencia favorable en el mes de noviembre de 2019.

No obstante entender que la conducta del IPROSS no se condice con la del deudor recalcitrante, tal proceder durante el año 2019 me permite concluir que no resulta aconsejable disponer sin más el cese de las astreintes fijadas en la causa, por cuanto las mismas persiguen constreñir al obligado al cumplimiento que venía evadiendo, garantizando a la Sra. S. el pleno goce de su derecho a la salud, reconocido en el fallo oportunamente dictado en fecha 13.11.19.

Por todo lo expuesto, estimo que se debe proceder a hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el apoderado de la Fiscalía de Estado, pero no con los alcances por él pretendidos, sino a los fines de remitir las actuaciones a la señora Jueza para establecer un apercibimiento pecuniario que se ajuste a los principios de proporcionalidad y razonabilidad propios e inherentes a estos medios de compulsión, teniendo especialmente en consideración el monto impuesto y el total de días hábiles computados en el incumplimiento del fallo de condena.

Eventualmente, y dadas las características enunciadas de las astreintes -las que sólo tienen un fin compulsivo y no indemnizatorio- la demandada cuenta con la posibilidad de volver a plantear que sean dejadas sin efecto una vez acreditado el cumplimiento del mandato judicial impuesto.

Nº Receptoría: Z-2RO-1646-AM2019
“S.; V. T. C/ IPROSS S/ AMPARO (c) (S/APELACIÓN)”

Procuración General de la Provincia de Río Negro

III

Conforme lo expresado, estimo que ese Superior Tribunal de Justicia debe hacer lugar parcialmente al remedio incoado por el apoderado de la Fiscalía de Estado, con los alcances determinados en el acápite anterior.

Es mi dictamen.

Viedma, 31 de julio de 2020.

Jorge Oscar Crespo
Procurador General
Poder Judicial

DICTAMEN Nº 92 /20.