

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SECRETARIA N° 4 CAUSAS ORIGINARIAS**

SENTENCIA N° 74/2020

VIEDMA, 06 de agosto de 2020.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores, Adriana C. Zaratiegui, Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla, Ricardo A. Apcarian y Liliana L. Piccinini, con la presencia de la señora Secretaria doctora Ana J. Buzzeo, para el tratamiento de los autos caratulados: “**A., S. R. C/IPROSS S/ AMPARO S/ APELACIÓN**” (**RECEPTORÍA N° Z-2VR-57-C2019**), elevados por el Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N° 21, de la IIª Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en la ciudad de Villa Regina, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaria. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

VOTACIÓN

La señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo:

1.- Antecedentes de la causa:

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 119/123 vta., por el apoderado de la Fiscalía de Estado, doctor Francisco López Raffo, contra la resolución del 23 de abril del corriente obrante a fs. 104, dictada por la señora Jueza doctora Paola Santarelli, que no hizo lugar al levantamiento de astreintes solicitado por el Ipross a fs. 99.

A modo de breve reseña, corresponde señalar que el 30 de diciembre de 2019 la señora A., inició por medio de sus letradas patrocinantes -doctoras Lorena Koltonski y Graciela Tempone- acción de amparo tendiente a que Ipross brinde cobertura integral de la prótesis total de rodilla bisagrada rotatoria modular- modelo endomodel M, opciones de vástagos cementados y no cementados centralizador, 4 cementos quirúrgicos con gentamicina, tapón femoral, jeringa para cementado retrógrado, kit de campos descartables impermeables, cascos T4-T5 a préstamo, alambre quirúrgico maleable (3 metros) o sutura esternal, set de implantes con todas las medidas instrumentales, perforador, sierra a préstamo, asesoramiento técnico y tabla de aloinjerto de fémur distal izquierdo, más los costos, honorarios médicos de la intervención quirúrgica y demás gastos que de ello se deriven (v. fs. 32/40).

La jueza de amparo dictó la sentencia que luce a fs. 75/80 en la cual ordenó que el Instituto haga entrega de todo el material protésico y ortésico requerido por el médico tratante en el término de 10 días bajo apercibimiento de imponer astreintes.

Notificada que fuera la medida, la letrada de la amparista expresa a fs. 96 que encontrándose firme la sentencia y habiendo transcurrido el plazo legal dispuesto para su cumplimiento, ello no se ha verificado y solicita que se proceda a fijar astreintes por cada día de retardo.

En virtud de ello, se dictó la providencia de fs. 97 que en lo pertinente dispone: *“Atento el tiempo transcurrido sin que la accionada haya cumplido con lo ordenado mediante sentencia del 02 de marzo del corriente, encontrándose debidamente notificada, como así tampoco se informó a este Tribunal el estado del trámite administrativo, hágase efectivo el apercibimiento dispuesto, aplicando al I.P.R.O.S.S. la multa de \$5.000,00 por cada día de retardo, monto éste fijado en concepto de astreintes, el que se hará efectivo a partir de su notificación”*.

Frente a ello, la requerida solicita a fs. 99 se deje sin efecto el apercibimiento dispuesto, toda vez que el médico tratante de la amparista se comunicó con el Instituto e informó que frente a la situación de pandemia que se atraviesa se canceló la cirugía prevista, no obstante lo cual se continuó con el trámite de compra y se autorizó la provisión del material solicitado.

La *a quo* no hizo lugar al pedido descripto, expresando "...al levantamiento de las astreintes solicitado por I.PRO.S.S. no ha lugar. Estése a lo ordenado mediante resolución del 02/03/20, debidamente notificada y a las astreintes fijadas a fs. 97" (fs. 104).

Contra dicho proveído el apoderado de la Provincia de Río Negro interpone a fs. 119/123 vta. recurso de reposición con apelación en subsidio que fuera rechazado mediante resolución del 9 de junio obrante a fs. 137/142.

Dicha decisión motivó el recurso de queja por parte del representante de la Fiscalía de Estado, sustanciado en expediente N° 30763/20 del registro de este Superior Tribunal de Justicia y resuelto mediante Au. 11/20, que declaró admisible el recurso de apelación interpuesto que aquí se trata.

2.- Agravios del recurso:

El apelante solicita se revoque la providencia del 23 de abril, dejando sin efecto las astreintes impuestas, toda vez que no se dan en el presente caso los presupuestos establecidos por este Superior Tribunal de Justicia para la aplicación de aquellas.

Expresa que frente a la situación de pandemia mundial la cirugía se encontraba cancelada, pese a lo cual su representada continuó igualmente con el trámite de compra autorizando la provisión de lo requerido y llevó adelante una serie de acciones para adquirir el material objeto de amparo, lo que permite descartar que Ipross pueda ser pasible de sanciones conminatorias.

Señala que de los considerandos de la Resolución N° 1607/2020 "SGA-IPROSS" -acompañada a la presentación del 27 de abril- surgen todos los pasos que se dieron para la adquisición del material de la amparista, y que con anterioridad a la interposición de la presente acción se había iniciado el Concurso de Precios N° 37/18 y dictado la Resolución 1471/19 PTE IPROSS aprobando el pliego de bases y condiciones de dicho concurso.

Agrega que solamente se presentó un proveedor, al cual se le solicitó que mejore la oferta, lo que no ocurrió por lo que se ordenó un nuevo concurso sobre el que no se pudo avanzar, pues la adquisición del material de la afiliada A. quedó excluido de la conformidad que diera la Fiscalía de Estado para el anticipo de fondos requerido por el Ipross.

Ante dicho escenario, afirma que se inició un nuevo proceso para la selección del contratista, dando los pasos necesarios entre los que se encuentra el pedido de precios N° 10524/20.

Alega que de manera alguna puede considerarse que su representada sea litigante recalcitrante de acuerdo al parámetro establecido en el precedente "Baffoni" (STJRNS4 Se. 24/18), ni que haya actuado de manera dolosa o con actitud negligente.

Afirma que incluso se ha dado cumplimiento a la manda judicial, pues la requerida no solo dictó la Resolución N° 1607/20 SGA-IPROSS, sino que también emitió la orden de compra 457/20 para la provisión del material requerido, con lo cual corresponde dejar sin efecto las astreintes impuestas.

3.- Contestación del recurso:

La amparista, por medio de su gestora procesal la doctora Lorena Koltonsky, contesta el traslado conferido a fs. 125/127 y manifiesta que el 29 de abril el Ipross hizo entrega de la orden de compra 457/20 donde informa la adquisición de "*prótesis total de rodilla bisagrada rotatoria modular- modelo endomodel std marca Link - origen Alemania. Demás características según pedido de precios N° 10524/20 a fojas 303 y presupuesto N° 0001-0005068 a fojas 309/310*", la cual, según su médico tratante doctor Javier Vicente, no corresponde a la solicitada.

Añade que tampoco se ha puesto a disposición los demás elementos requeridos para la cirugía que fueron debidamente detallados en la demanda y objeto de la sentencia: opciones de vástagos cementados y no cementados centralizador 4 cementos quirúrgicos con gentamicina, tapón femoral, jeringa para cementado retrógrado, kit de campos descartables impermeables, cascos T4 T5 a préstamo, alambre quirúrgico maleable 3 metros, o sutura esternal, set de implantes con todas las medidas instrumentales perforador sierra a préstamo, asesoramiento técnico y tabla de aloinjerto de fémur distal izquierdo.

Alega que de la orden de compra acompañada a estos autos surge que el número de expediente N° 100.386-D-18, se refiere al primer trámite iniciado por la actora luego de lo cual su representada tuvo que dar inicio a otro expediente (N° 062015-0-2019) con el nuevo pedido del doctor Vicente atento los cambios en la articulación de la actora; por lo que reitera su oposición al levantamiento de astreintes hasta tanto el Ipross de cabal cumplimiento del objeto de amparo.

En virtud de lo expuesto, señala que la señora A. a la fecha continúa en el mismo estado desde agosto de 2018, sin poder caminar a raíz de los graves dolores físicos que padece.

Señala que lo manifestado por la accionada en relación a la excepcional situación de pandemia lejos está de ser un fundamento válido, ya que el vencimiento de plazo para cumplir con la sentencia operó el 18-03-2020, momento en que nuestro país todavía no se encontraba bajo el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, y todas las áreas -incluido quirófano- de la clínica donde trabaja y opera el doctor Vicente se encontraban en funcionamiento.

4.- Dictamen de la Procuración General:

El señor Procurador General doctor Jorge Oscar Crespo dictamina a fs. 217/220 vta. que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de apelación incoado, pero no con los alcances allí pretendidos, sino a los fines de remitir las actuaciones al Juzgado de origen para que proceda a definir las prestaciones pendientes de cumplimiento y -en su caso- establecer un apercibimiento pecuniario que se ajuste a los principios de proporcionalidad y razonabilidad propios e inherentes a estos medios de compulsión.

Expresa que habiendo realizado un análisis integral de las constancias de autos, no puede tenerse a la accionada como una deudora recalcitrante que se obstina en no cumplir, y en razón de que los informes y documentación presentados por el Ipross dan cuenta de un cumplimiento -al menos parcial- producto de la actividad administrativa llevada adelante por el organismo.

Resalta que, aun cuando *prima facie* ha existido un error en la adquisición de la prótesis solicitada, ya sea atribuible a la obra social o al médico tratante, no surge en forma manifiesta una resistencia de la requerida al cumplimiento de la orden impartida.

Refiere que Ipross ha cumplido parcialmente con lo dispuesto, toda vez que la amparista requería el suministro de una “prótesis total de rodilla con bisagra rotatoria modular tipo ENDO-MODEL - M” y la prótesis entregada no cumple con la parte modular según ha expresado el galeno.

Concluye 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 evade.

5.- Análisis y solución del caso:

Ingresando al análisis del recurso se anticipa que corresponderá hacer lugar a la apelación en tratamiento, y revocar el proveído obrante a fs. 104, por las razones que a continuación se exponen.

Preliminarmente, es válido afirmar una vez más que la imposición de astreintes no procede frente a cualquier hipótesis de simple demora en el cumplimiento de una obligación o sentencia, sino que es menester que se configure una conducta ciertamente dolosa, renuente o gravemente negligente, lo que no ha ocurrido en el presente caso (STJRNS4 Se. 96/18 “Gorodiesky”).

En autos, la providencia impugnada desconoce la documental aportada por el Instituto requerido tendiente a demostrar la actividad efectivamente desplegada con el objetivo de dar cumplimiento a la manda judicial.

Cabe destacar que a fs. 100/101 la requerida autorizó la provisión de los materiales y elementos objeto del amparo, cuya fecha es la misma que la del proveído de fs. 97 por la cual se efectivizaran las astreintes, circunstancia que no fue debidamente ponderada por la *a quo* a fs. 104.

A su vez la apelante aduna Res. N° 1607/2020 (v. fs. 105/106) en la que se vislumbra la actividad administrativa tendiente a la provisión de los elementos protésicos requeridos.

Además la obra social informa a fs. 130 que a raíz del rechazo del médico tratante de la prótesis que se corresponde a la Orden de Compra N° 457/20 se dio intervención a la Dirección de Auditorías Médicas quienes a su vez informaron que “*según consta en el Expediente Administrativo N° 100386 letra D foja 309, las explicaciones técnicas especificadas son las solicitadas por el médico de la amparista*”.

También la asesora legal del organismo expresa a fs. 144/145 -mediante nota 92/2020- que en el Expediente Administrativo N° 62075-D-2019 la Fiscalía de Estado observó el trámite de compra por no respetar los principios cardinales de la contratación administrativa (conurrencia, transparencia y publicidad), razón por la cual se optó por continuar el Expte. N° 100386-D-2018 para agilizar el trámite de compra de lo solicitado, aclarando que el pedido de materiales del médico tratante de la afiliada es idéntico en ambos expedientes.

Expuesto lo anterior, es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por arbitrarias aquéllas sentencias que se hayan apartado de los criterios aceptados en la materia, soslayando la finalidad propia del instituto de las astreintes -que actúa como presión psicológica sobre el deudor- y que únicamente se concreta en una pena cuando se desatiende injustificadamente el mandato judicial (cf. doctrina de Fallos: 322:68).

Las astreintes constituyen una amenaza por la que el conminado se hará pasible de una multa, en tanto y en cuanto no cumpla con la orden o mandato judicial. Si la conminación resulta eficaz y el deudor acata la resolución del juez, éste puede, en función de las circunstancias del caso, reducir la multa o incluso dejarla sin efecto.

En autos la magistrada ha soslayado los informes y documentación presentada por Ipross; por ello la decisión que deja subsistente la imposición de sanciones conminatorias aparece entonces desvinculada de la finalidad que les es propia: compeler al cumplimiento de un mandato judicial claro e inequívoco por parte de quien lo resiste injustificadamente (CSJN CIV 36051/1991/4/RH2 Álvarez, Guadalupe y otro c/ Induti, Remo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte) 08/07/2020).

En definitiva, no se configura en el caso un supuesto de reticencia o negativa de parte de la obra social, en el que se haya desatendido injustificadamente la decisión de la jueza de amparo, esto es, no se está ante un deudor recalcitrante que amerite la imposición de las astreintes de conformidad a la doctrina legal vigente de este Superior Tribunal de Justicia (cf. STJRNS4 Se. “Gorodiesky” ya citada, Se. 24/18 “Baffoni” entre muchas otras).

6.- Decisión:

Por los fundamentos vertidos en los considerandos, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Fiscalía de Estado y revocar el proveído atacado de fs. 104. Sin costas atento las particularidades del caso (art. 68 párr. 2 del CPCC). **MI VOTO.**

Los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla y Ricardo A. Apcarian dijeron:

Adherimos a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Adriana C. Zaratiegui y **VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.**

La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

Atento la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en el orden de votación **ME ABSTENGO** de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello:

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
RESUELVE:**

Primero: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Fiscalía de Estado y revocar el proveído atacado de fs. 104. Sin costas atento las particularidades del caso (art. 68 párr. 2 del CPCC).

Segundo: Registrar, notificar y oportunamente, devolver al Tribunal de origen.

Firmado:

ZARATIEGUI -Jueza- BAROTTO -Juez- MANSILLA -Juez- APCARIAN -Juez- PICCININI -
Jueza en abstención-

En igual fecha ha sido firmado digitalmente el instrumento que antecede en los términos y alcances de la Ley Nac. 25506 y Ley A 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ. Conste.

Firmado digitalmente: ANA JULIA BUZZEO-Secretaria- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA