000185/2009

--- Trelew, de mayo de 2009.-

--- **VISTOS:** El recurso de apelación interpuesto a fojas 179 por la demanda y en subsidio de revocatoria por el actor a fs. 180, ambos contra la resolución de fojas 166, memorial de agravios de fojas 188/192 y su contestación de fs. 195/196, y ----------

--- **CONSIDERANDO:** ----------

--- La resolución apelada impuso astreintes a la demandada con base en que la demandada incumplió con la sentencia dictada en autos, mas no hizo lugar a la liquidación de esas sanciones conminatorias presentada por la actora. ----------

--- **I.-** La demandada se agravió, en lo esencial, sosteniendo que no se la puede considerar como incumplidora de la obligación emanada de la sentencia, pues esta consiste sólo en arbitrar el medio necesario para gestionar la cobertura médica del actor ante la Subsecretaría de Superintendencia de Salud y/o eventuales instancias en otros fueros. ----------

--- Señaló que si no se logra que el actor tenga cobertura médica, dicha obligación se volvería de cumplimiento imposible y ni siquiera ante esa posibilidad cabría la consideración de tenerla por incumpliente. ----------

--- Adujo que la obligación que le fue impuesta ha sido cumplida en debido tiempo y forma, lo que fue consentido por la actora y la Jueza “a quo”. ----------

--- Afirmó que más allá de instar el medio idóneo para lograr que al actor se le otorgue cobertura médica, no puede hacer otra cosa, pues no está obligada a otorgarle cobertura médica, sino a instar el medio necesario para lograrla. ----------

--- Expresó que el cumplimiento se materializó con la presentación en autos efectuada en fecha 29/4/08, donde individualizó “el medio necesario que arbitrará para que se otorgue la cobertura médica del actor”, medio que no fue impugnado, sino todo lo contrario. ----------

--- Indicó que el fundamento del instituto de las astreintes no es otro que compeler a realizar determinada conducta impuesta por una resolución judicial, en tanto la misma no se haya llevado a cabo deliberadamente. ----------

--- Alegó que no puede reprochársele incumplimiento de la manda judicial, cuando acreditó haber instado en forma oportuna los medios necesarios, que dichos medios fueron consentidos y que dicha instancia aun no se agotó. ----------

--- **II.-** Sin entrar a tratar los agravios del actor y ejerciendo esta Alzada las facultades con las que cuenta en virtud de lo dispuesto en los arts. 276 y concs. del C.P.C.C. (conf. esta Cámara en SDL. 32/92, SIL. 30 y 107/96 y SIC. 4/9 y 16/97), se advierte que el recurso interpuesto por el demandante ha sido mal concedido. En sustento de ello cabe señalar que, si bien es el Juzgador de primera instancia quien concede el recurso, el juez del mismo es siempre el órgano de apelación y por lo tanto dichas providencias deben ser revisadas oficiosamente investigando los presupuestos que hacen a su admisibilidad, previo al ingreso del examen de la causa. (conf.: Costa, “El recurso

ordinario de apelación", Bs. As., 1950, pág. 65, nº 41 y nota 130; Ibañez Frocham, "Tratado de los recursos en el proceso civil", 3ra. Ed., nº 46, citados por Morello Sosa y Berizonce en "Códigos Procesales ...", ed. Librería Editora Platense S.R.L., t III, pág. 393). ----------

--- Este Cuerpo viene sosteniendo desde la SIC 168/90 que la apelación deducida en subsidio de revocatoria inadmisible no puede concederse como si se tratara de una apelación directa, correspondiendo su desestimación (CANE SIC. 16/91, 23/91, 132/94, 164/97, 106/00, 121/00, entre otros), y en el caso, más allá de la forma dada por el juez "a quo" al decreto judicial de fs. 166, se trató éste de una resolución interlocutoria que rechazó una planilla de liquidación (doctrina de los arts. 504, 178 y sigtes. y 161 del C.P.C.C.). ----------

--- En esa inteligencia sólo era susceptible de ataque recursivo a través de la apelación directa y no de reposición y en subsidio el recurso de apelación.----------

--- Ello porque dentro del esquema de vías de apelación adoptado por nuestro ordenamiento procesal, la directa del art. 242 y la subsidiaria del art. 241, la segunda de las nombradas, cual su propia denominación lo indica, es establecida en "socorro o ayuda" (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22da. ed., voz "subsidio") del recurso de reposición, elemento principal del ataque al que viene a robustecer con carácter accesorio. El presupuesto entonces de la apelación en subsidio es la admisibilidad de la revocatoria cuyo auxilio intenta, ya que en caso contrario tal accesorio seguiría la suerte de lo principal de acuerdo al conocido principio general del derecho. El refuerzo que este tipo de apelación aporta a la reposición actúa en el campo de la fundabilidad o procedencia de fondo, brindando al recurrente la chance de una nueva revisión de la resolución atacada, ahora por el tribunal de segunda instancia, cuando el "a quo" desestimara la revocatoria por infundada; no opera en cambio en la esfera de la admisibilidad para superar las deficiencias formales que determinaron el fracaso de aquélla. En síntesis, la apelación subsidiaria sólo ha de concederse en los supuestos de revocatorias tenidas por improcedentes en cuanto a su fondo, pero admisibles en su faz formal.----------

--- No cabe por el contrario, desentendiéndose de su carácter accesorio, concederla cuando acompañó una reposición inadmisible como si de una apelación directa se hubiere tratado, pues no es lícito suplantar por vía de interpretación el tipo de impugnación elegido por el recurrente, quien al interponer revocatoria y en subsidio apelar, se sometió a un régimen exactamente determinado -con distinto plazo y oportunidad de fundamentación que el de la apelación directa (arts. 239, 244, 244 a 246 y 248 cód. cit.)-, con todas sus consecuencias previstas en la ley y que no pudo desconocer al deducir el recurso (arts. 20 y 923 Cód. Civ.).----------

--- Recurrir por esa vía importó ejercer la opción por uno de los términos de la disyuntiva ofrecida por los mentados arts. 241 y 242 C.P.C.C., renunciando con ello al derecho de apelar directamente, camino sobre el que no es dado volver, pues "electa una via, non

datur regressus ad alteram", cual reza el antiguo adagio de perenne actualidad. Tampoco se halla autorizado el órgano jurisdiccional a reconducir la impugnación por el sendero descartado por la parte, toda vez que las facultades directivas del procedimiento reconocidas por la ley ritual a los jueces deben ejercerlas ellos "dentro de los límites expresamente establecidos en este Código" (art. 34 inc. 5° párr. 1°), ordenamiento que disciplina la materia con notable exactitud. Según la ya clásica expresión de Couture, "el orden de las apelaciones corresponde a la voluntad de la ley, no a la de los sujetos del proceso" (cit. por Morello y otros, ob. ind., III-90), aunque de los jueces se trate, de modo que es este un campo donde las formas resultan indisponibles y ni partes ni magistrados pueden variar según su deseo la sistemática de la ley procesal, que ha instituido "un régimen de recursos cuyos esquemas estructurales ofrecen definitiva precisión técnica y dogmática" (Mercader, "Facultades del Tribunal de Alzada...", J. A. 1959-IV-192).----------

--- **III.-** Las sanciones conminatorias cumplen una finalidad predominantemente compulsiva, en cuanto se proponen vencer la resistencia injustificada que opone el deudor al cumplimiento de un deber impuesto por ley o por contrato, aspirando así a obtener el cumplimiento "in natura" por el deudor. Lo que no descarta que, en definitiva, si el juez confirma definitivamente la imposición de las astreintes en el curso del procedimiento, puedan considerarse sancionatorias de la conducta renuente del deudor y asuman la característica de una pena privada (confr.: Brebbia, Roberto H. "Las "astreintes" en el derecho positivo argentino después de la reforma del Código Civil de 1968", L.L. 1996-B, 1145. ----------

--- Puede afirmarse que las sanciones conminatorias del art. 666 bis constituyen medidas procesales compulsivas, de carácter pecuniario, estructuradas bajo la forma de una intimación judicial de cumplimiento en la que se establece de antemano la sanción pecuniaria que entrará a funcionar automáticamente, en caso que no fuere acatada. Tales sanciones conminatorias constituyen una especie intermedia entre las medidas procesales preventivas y las represivas. Debe agregarse, que tiene carácter directo y principal, y no son supletorias ni complementarias de otras medidas, en cuanto la simple renuencia del deudor en el cumplimiento del deber puede determinar la procedencia de su aplicación, sin otro requisito que el de la factibilidad de cumplimiento del deber impuesto. ----------

--- Aunque la ley no lo diga expresamente, no cualquier incumplimiento faculta la imposición de las sanciones conminatorias del art. 666 bis. Ese incumplimiento tiene que ser deliberado, y ello ocurre cuando el deudor no realiza voluntariamente las diligencias necesarias para ejecutar el deber que se encuentra constreñido a realizar; queda comprendido así en el concepto, tanto una conducta displicente o negligente como la maliciosa. El juzgamiento de la conducta del deudor remitente se encuentra íntimamente relacionado con la aplicación del principio de la buena fe del art. 1198 apart. del Cód. Civil, que exige que en la vida de relación y en especial, en el campo

negocial, se obre "con cuidado y previsión". ---------- Las astreintes deben ser impuestas por el juez, según su prudente arbitrio; pauta ésta que se extiende al resolver su cese, reducción o aumento de su monto. El término "podrán", empleado en el art. 666 bis, apart. 1° del Cód. Civil, no importa, empero, acordar un poder arbitrario o caprichoso al magistrado, para conceder o negar la procedencia de la medida conminatoria. Las leyes suelen otorgar a los jueces facultades discrecionales en diversas materias, pero no acordarles facultad para fallar por simple autoridad, abusando de su poder de imperio y prescindiendo de las consideraciones que impone la estructura del instituto que aplica, y de su necesario ajuste con los principios generales del ordenamiento jurídico. La prudente discrecionalidad del juez se traduce, de manera especial, al examinar en cada caso la factibilidad de cumplimiento del deber jurídico objeto del mandato judicial; y en la fijación de las modalidades adecuadas para vencer la resistencia voluntaria y deliberada del destinatario de la sanción. Determinada la existencia, en el caso particular, de los requisitos exigidos para la aplicación del instituto, el juez debe establecer las astreintes para vencer la resistencia del deudor renuente. ---------- Según el convenio que se ejecuta en autos, la obligación asumida por la demandada –además del pago de una suma de dinero no reclamada en estas actuaciones-, consistía en que se comprometía “a abonar de aquí en más y durante toda la vida del actor, la cuota de la Obra Social A., a fin de asegurar que el empleado reciba adecuada cobertura médica y asistencia de salud”. ---------- A fs. 57 obra en copia un escrito de la demandada presentado en este expediente por el actor, en la que P. G. S.A. informaba que intentó efectuar el depósito de cuota en la O. S. A. y que dicho depósito fue rechazado en razón de que no aceptan adherentes al sistema, sino únicamente afiliados con aportes derivados de relación de dependencia. ---------- Con fecha 18/4/08 se dictó la resolución que ordena a la empresa demandada que arbitre los medios necesarios para otorgar la cobertura pactada en el plazo de diez días bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retardo. ---------- Con fechas 29/4/08 y 2/5/08 la demandada acompañó escritos y formularios para ser presentados ante la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación solicitando a dicho organismo que obligue a la O. S. A. a tomar al actor como afiliado y brindarle cobertura de salud asumiendo la demandada el costo de tal cobertura. A su vez, la demandada planteó en dicho escrito que en su defecto dicha Superintendencia disponga que otra Obra Social permita la afiliación del actor y le brinde cobertura de salud, asumiendo también el costo de tal cobertura. ---------- Según constancias de fs. 99/121 dicha presentación fue efectuada en dicho organismo el 1/7/08. ---------- A fs. 147 la demandada acompañó copia del dictamen Nº 2948/08, producido en el expediente tramitado ante la referida Superintendencia según el cual “si bien hay un acuerdo particular entre el presentante y

la empresa precitada, el mismo no podría materializarse como si la relación laboral continuara vigente pues el beneficiario ya no forma parte de ésta" y a la par adjuntó copia de un nuevo escrito presentado reiterando la solicitud de afiliación del actor, e invocando que la ley 23.660 de "Obras Sociales" establece que la autoridad de aplicación estará facultada para resolver los casos no contemplados expresamente. ----------
---------- De todo lo expuesto se desprende que a la fecha en la que se dictó la resolución apelada, la demandada había realizado diversas acciones que revelan su voluntad de cumplir con la manda judicial, por lo que habrá de revocarse la sentencia de fs. 166. ------- Es que si el deudor no se encuentra en condiciones materiales de cumplir los deberes que se le exigen, por insolvencia o imposibilidad física o moral, no puede existir renuencia culpable de su parte, por lo que la imposición de astreintes resultaría injustificada en razón de no haber actitud recalcitrante que vencer (confr.: Compagnucci de Caso, nota a fallo L.L., 1992-D, 570, V; CNCiv., sala F, 29/8/90, L.L., 1991-A, 388; CNCiv., sala F, 7/8/85, L.L., 1985-C, 490). ----------

--- **IV.-** En razón de que el actor resulta derrotado, se le impondrán las costas de Alzada (art. 69 C.P.C.C.). ----------

--- En consideración a la importancia y resultado obtenido por sus labores de Segunda Instancia y en razón al monto de la liquidación y al carácter con el que actuaran, se regularán los honorarios del Dr. D. T., en la cantidad de $ X, y los del Dr. C. P. F. en la suma de $ X (arts. 6, 7, 9, 14, 33 y concs. dec.-ley 2.200), con más el I.V.A. que corresponda. ---------- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ----------
---------- Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto en subsidio por el actor a fs. 180. ----------
---------- Revocar la resolución de fs. 166. ---------- Imponer las costas de Segunda Instancia al actor. ----------

--- Regular los honorarios del Dr. D. A. T. por el trabajo en la Alzada, en la cantidad de $ X y los del Dr. C. P. F. en la suma de $ X. ----------

---- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo J. López Mesa (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009. CONSTE.----------

AULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA