Trelew, de setiembre del año dos mil once.----------

--- **VISTO**: ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 62 contra la sentencia dictada a fs. 60/61, concedido a fs. 63, es fundado a fs. 65/66, corrido traslado a la contraria a fs. 67, es contestado a fs. 68/69.----------

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

--- I.- A fs. 60/61 el juez de grado resuelve hacer lugar a la impugnación opuesta por la demandada y en consecuencia rechaza la liquidación practicada por la actora, y dispone se realice una nueva teniendo en cuenta lo señalado en el considerando respectivo.----------

--- Para así decidir tiene en cuenta que la sentencia definitiva dispuso el suministro de tratamiento psicoterapéutico, farmacológico y de rehabilitación indicados por los peritos, determinándose su costo por sentencia interlocutoria Nro. 59/2009. Añade que ante el incumplimiento del suministro del tratamiento correspondiente la actora peticiona se obligue a la demandada a abonar el costo de aquéllos con más intereses, y resalta que la liquidación practicada indica los importes de las prestaciones en especie que no han sido prestadas sin especificar ni justificar dichos importes.----------

--- II.- Agravia a la actora apelante el pronunciamiento dictado por el juez de grado, toda vez que, -sostiene- obran en autos presentaciones que acreditan las prestaciones que no han sido brindadas por la demandada, a través de los escritos determina importes y detalla prestaciones incumplidas, solicitadas por el Juzgador a partir de Setiembre de 2007.----------

--- Resalta que la sentencia definitiva firme data de hace más de tres años y condenó a la demandada a la prestación de tratamientos psicoterapéuticos, farmacológicos y médicos y de estudios necesarios para monitorear el estado de salud de la actora. Añade que la perito sicóloga estimó el tiempo del mismo y su costo en $ 4.800.----------

--- En relación a los tratamientos farmacológicos, médicos y estudios se tuvo en cuenta a partir de setiembre de 2007 el proporcional de lo establecido con la intervención del perito médico Dr. R. D. quien realizó un detalle de las prestaciones arribándose a la suma de $ 41.460 en base al período de tiempo establecido por el juzgador y la frecuencia de las consultas, estudios y medicación.----------

--- Solicita se declare la conducta temeraria y maliciosa de P. ART S.A. en razón que solicitó audiencias de mediación a las cuales concurrió la actora no habiendo avanzado más allá a pesar de la condena impuesta, lo cual ha hecho que el proceso se dilate obligando a la formación de un incidente y desatendiendo la asistencia en la salud de la Sra. M. de la C. G., oponiéndose al cumplimiento de la sentencia y postergando en forma injustificada el derecho de acceso a la salud y a una buena calidad de vida de la actora, de rango constitucional.---------- III.- Al contestar la expresión de agravios -a fs. 68/69-, la demandada solicita se declare la deserción del recurso de apelación interpuesto por la actora, toda vez que -afirma- la actora sólo

muestra disconformidad con la sentencia del juez de grado en base a referencias inconexas que no se verificaron oportunamente.---------- Añade que el actor fundamenta los montos consignados en su liquidación en aquéllos que determinaron los peritos al sólo efecto de regular honorarios profesionales y que el alcance de una condena que fijó una obligación de hacer en ningún caso puede ser suplida por dinero. Sostiene que las sumas alegadas por la actora no han quedado en forma alguna comprobadas como efectivamente gastadas. Por ello la actora debe justificar los gastos en los que alega ha incurrido, caso contrario estaría vulnerando su derecho de propiedad, por carecer sus pretensiones de asidero fáctico. Afirma que la actora fue citada en numerosas oportunidades por los tratamientos que debía realizarse y que en ninguna oportunidad concurrió por encontrarse en tratamiento en otro nosocomio. Concluye haciendo reserva del caso federal con fundamento en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, configurándose una cuestión federal en los términos del inc. 3ro. del art. 14 de la ley 48.---------- IV.- Conforme fuera dispuesto en el punto III del fallo de la sentencia de primera instancia (fs. 581/590vta.), P. ART S.A. fue condenada a suministrar a la actora tratamiento psicoterapéutico, farmacológico y de rehabilitación. Esta sentencia fue confirmada por esta Alzada mediante pronunciamiento de fecha 21-02-08, glosado a fs. 639/649 de los autos principales.---------- A fs. 28/29 del incidente de ejecución, la actora señala que la demandada cumplió parcialmente la sentencia abonando la suma dineraria de condena, pero no suministró a la actora el tratamiento psicoterapéutico, farmacológico y de rehabilitación. Intimada la demandada vencida a exhibir los comprobantes que acrediten el cumplimiento de las prestaciones a las que estaba obligada y notificada conforme constancia de fs. 32 vta. no lo acreditó.---------- Por ello, a fs. 47 la actora practica liquidación de las sumas que entiende debe abonar la ejecutada, tomando como base los valores tenidos en cuenta al fijar el monto para estos tratamientos que se utilizó para establecer la base de la regulación de los honorarios de los letrados, y efectuó el cálculo –según sus dichos- por el período comprendido desde el mes de setiembre de 2007 hasta el 23 de mayo de 2011.---------- En tal contexto, la cuestión central gira en torno al incumplimiento de una obligación de hacer, el art. 630 del C. Civil prevé en estos supuestos que -si el hecho puede ser ejecutado por otro-, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación. ---------- --- Es decir, es facultativo del acreedor optar por alguna de las opciones que prevé el texto legal, requiriéndose como única condición la previa constitución en mora del deudor (arts. 508 y 509 del citado código), estándole vedado al deudor suplir la obligación de hacer ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses (art. 631). Por ello es desacertada la

afirmación de la ejecutada respecto a que en ningún caso el cumplimiento de la obligación de hacer es pasible de ser suplida en dinero. Este impedimento solo rige para el deudor ejecutado, a tenor de las normas legales citadas no así para el acreedor ejecutante.---------- En tal sentido, el párrafo de la sentencia interlocutoria de fecha 27 de febrero de 2009 (ver fs. 735vta.), a la que alude el apelante, confirma lo expuesto al señalar “la cuantificación llevada a cabo en este incidente no significa que la parte demandada deba suplir las prestaciones en especie a las que se encuentra obligada a realizar”. En concordancia con las normas legales de fondo citadas, el acreedor puede elegir hacer lo que se ordenó a costa del deudor o se le obligará a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución (arg. art. 517del CPCC).---------- En efecto, es facultativo del acreedor solicitar la ejecución por otro, por cuanto ante el incumplimiento del deudor, puede inclinarse por la ejecución forzada de la obligación si es viable, o directamente por la indemnización. Tal facultad puede ejercerla el acreedor previa constitución en mora del deudor (Conf. Llambías, Obligaciones, Tomo II-A, Nro. 960, a, p. 271; Busso, Tomo IV, comentario al art. 630, nro. 5, p. 369; Alterini-Ameal-López Cabana, II, Nro. 1149, p. 146; Cazeaux-Trigo Represas, I, p. 491, cit. por Belluscio-Zanonni, “Cód. Civ....”, Ed. Astrea, Tomo 3 pág. 159, ap. 2.a).---------- En tal sentido, de optar por la indemnización, la misma ha de ser fijada judicialmente conforme a la aplicación de las disposiciones que rigen el incumplimiento de las obligaciones que no tienen por objeto dar dinero (arts. 520 a 522 C. Civil). Ello así, dado que la responsabilidad de P. ART S.A. por los perjuicios en la salud y patrimonio de la actora, no son espontáneos, sino el producto del incumplimiento de su obligación de brindar las prestaciones médicas estipuladas en la sentencia.---------- Siguiendo el razonamiento propuesto, cabe establecer que en el sub examine estamos en presencia de una obligación que no tiene expresamente establecido plazo, dado que no fue fijado en la sentencia, como así tampoco apercibimiento para el caso de incumplimiento. No obstante, el plazo de cumplimiento resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, dado que, -ha quedado establecida y así se ha juzgado-, la necesidad de la actora de recibir atención médica y el suministro de medicamentos en forma continua, salvo que en ocasión de efectuarse los estudios anuales se establezca su falta de necesidad. En tales supuestos tratándose de una obligación de plazo tácito se requiere que el acreedor interpele al deudor para constituirlo en mora (args. 509, 2do. párrafo del C. Civil) (Mayo, en “Cód. Civil...”, A. C. Belluscio (dir)- E.A. Zanonni (coord.), t. II, p. 599, Borda, Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones, 3ª ed., T. I, p. 69, nro. 5 buis, Cazeaux, “La mora en el cumplimiento de las obligaciones”, p. 175; Wayar, Tratado de la mora”, p. 462, nro, 71, SCBA, DJBA, 99-242, CNCiv., Sala B, ED, 46-619, cit. “Cód. Civil...”, Ed. Hammurabi -1998,Tomo 2 A, pág. 116, ap. b).---------- Es que, el plazo tácito en los términos del art. 509, 2do párrafo del Código Civil, es aquel que no esta fijado por las partes pero que se

deduce de la misma naturaleza del compromiso; es decir que la propia índole de la prestación nos está indicando la necesidad de un tiempo adecuado para realizarla (Conf. C. Nac. Civ., sala G, 10/10/1980, “Schiliro, José y otro v. Mazzino, Jerónimo L, JA 981-III-292 cit. por Marcelo J. López Mesa “ Código Civil ...”, Ed. Lexis Nexis, Tomo I, pág. 590, ap. 7).---------- Es de señalar que ha sido satisfecha esta exigencia con la intimación cursada a fs. 32vta., la cual no obtuvo una respuesta que permita establecer que la ejecutada cumplió con la condena impuesta. Se suma a ello, las dos audiencias celebradas en la instancia de grado (fs. 815 y vta. y 835 y vta. del expediente principal), en las cuales no se arribó a composición alguna respecto del reclamo de la actora.---------- No modifica lo expuesto, la circunstancia del envío de tres citaciones a la actora por parte de la ejecutada glosadas a fs. 819/821 del expediente principal, toda vez que de las mismas surge que eran para realizar controles no para efectuar prestaciones médicas. A lo que se suma, que en dos de las citaciones (21 y 29 de mayo del 2009), según constancias de autos de fs. 800/814 del expediente principal, la actora se encontraba recibiendo prestaciones médicas en el H. I. de B. A., circunstancias que desvirtúan las manifestaciones obrantes en la contestación del memorial de agravios por parte de P. ART S.A. (fs. 69).---------- En consecuencia, ante el incumplimiento de la ejecutada y la constitución en mora de la misma corresponde analizar si la cuantificación de los perjuicios ocasionados a la actora por el período setiembre 2007 al 23 de mayo del 2011 por tratamiento terapéutico $ 4.800, diagnóstico de estudio por imágenes $ 15.000 y tratamiento de rehabilitación kinesiólogica $ 10.800, tratamiento farmacológico $ 13.860, y consultas médicas $ 1.800 se corresponde en proporción con las sumas oportunamente liquidadas para la regulación de honorarios.---------- Teniendo en cuenta que en la sentencia interlocutoria obrante a fs. 726/727vta. de los autos principales, la que se encuentra firme, a los fines regulatorios se consideró que el gasto en medicación mensual es de $ 385, de tratamiento de kinesiología por el mismo lapso $ 300, que 24 meses de tratamiento psicoterapéutico a razón de cuatro sesiones mensuales a un valor de $ 50, ascendía a $ 4.800 y gastos por estudios teniendo en cuenta la expectativa de vida de 75 años y la edad de la actora y que no es posible precisar si en todas las oportunidades requerirá las mismas prestaciones se estableció $ 15.000.-, es de señalar que el detalle efectuado por el apelante es adecuado a los valores citados, con la salvedad que liquida 36 meses.---------- Por las razones expuestas, corresponde revocar el decisorio de grado y aprobar la liquidación por la suma de $ 46.260 con más intereses conforme la tasa activa que cobra el B. del C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos, desde la fecha de la mora 02-12-10.---------- Respecto a la declaración de temeridad y malicia su aplicación en los términos del art. 45 del Cód. Procesal debe efectuarse de modo prudente para resguardar el derecho

de defensa en juicio, por lo que aquéllas serán aplicables sólo frente a una clara y evidente actitud arbitraria y maliciosa. Por otra parte, se ha entendido que la sola deducción de defensas que no prosperan, o de recursos que en definitiva no son admitidos, no es de por sí configurativa de la conducta procesal temeraria y maliciosa prevista en el art. 45 del Cód. Procesal (Elena I, Highton, Beatriz A. Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 1, pág. 756 y ssgts.).----------

--- La sanción por temeridad o malicia que requiere el incidentista, ha de aplicarse con suma cautela, para no afectar el derecho de defensa de las partes, pues de no ser así, se abriría una brecha peligrosa en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, que debe ser cuidadosamente preservada (S.I.C. 63/03, Sala "A").----------

--- Más aún cuando se advierte que sólo en una oportunidad la ejecutada requirió la fijación de nueva audiencia, no utilizó actos procesales de modo arbitrario, ni empleó facultades en contraposición con los fines del proceso. ----------

--- Habiéndose dispuesto la revocación del decisorio de grado, por aplicación del art. 282 del CPCC, corresponde adecuar las costas de primera instancia las que se imponen a la ejecutada vencida (art. 69 CPCC). Teniendo en cuenta la complejidad, calidad y extensión de la labor desarrollada se regulan los honorarios del Dr. P. O. A. en el 2% del monto por el que se aprueba la liquidación incluídos intereses, y los del Dr. E. R. V. en el 1% de la misma base económica (Arts. 5, 6, 9, 32 y conc de la Ley XIII, Nro. 3), con más el IVA pertinente.---------- Asimismo se imponen las costas de Alzada al ejecutado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota que rige en la materia (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados intervinientes, Dr. P. O. A. en el 35% de la suma regulada por su labor de primera instancia y los del Dr. E. R. V., en el 25% de la suma regulada por su labor en la primera instancia (Art. 13, Ley XIII, Nro. 4), con más el IVA pertinente. En todos los casos si la suma resultante de las regulaciones establecidas por porcentual resulta inferior al mínimo legal previsto en el art. 7 de la Ley XIII, Nro. 15, se aplicará este último.---------- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

---------- I. Revocar el decisorio de fs. 60/61. En consecuencia apruébase la liquidación practicada a fs. 47 y vta. en la suma de Pesos cuarenta y seis mil doscientos sesenta ($ 46.260), con más intereses conforme la tasa activa que cobra el B. del C. S.A. para sus operaciones de descuento de documentos, desde la fecha de la mora 02-12-10, por los perjuicios ocasionados al 23 de mayo del 2011 a la actora en razón del incumplimiento de la obligación de hacer imputas a la ejecutada .---------- II. Imponer las costas en ambas instancias al ejecutado (Arts. 69 y 70 CPCC).---------- III. Adecuar los honorarios regulados en primera instancia, y en consecuencia regular los honorarios al Dr. P. O. A., en el 2% del monto por el que se aprueba la liquidación incluídos intereses, y al Dr. E.

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

R. V., en el 1% de la misma base económica (Arts. 5, 6, 8, 32, y conc. de la Ley XIII, Nro. 4), con más el I.V.A. pertinente.---------- ---------- IV. Regular los honorarios de Alzada, al Dr. P. O. A., en el 35% y al Dr. E. R. V., en el 25%, en ambos casos a calcular sobre las sumas que resulten de los honorarios que a su favor se regularan a cada uno por su actuación en la anterior instancia (Art. 13 Ley XIII, Nro. 4), con más el I.V.A. pertinente.----------

--- V. En todos los casos si la suma resultante de las regulaciones establecidas por porcentual resulta inferior al mínimo legal previsto en el art. 7 de la Ley XIII, Nro. 15, se aplicará este último.----------

--- VI. Tener presente la reserva del caso federal.----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 7 - Ley V Nº 17).----------

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

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE