

Accion De Amparo Medida Cautelar Entrega De Medicamento Astreintes

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Medida cautelar. Entrega de medicamento.

Astreintes Se revoca la providencia apelada y se dejan sin efecto las astreintes fijadas a la demandada por no cumplir con la medida cautelar ordenada consistente en la entrega urgente del medicamento requerido por la amparista. En la ciudad de General San Martín, a los 11 días del mes de julio de 2017, se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Jorge Augusto Saulquin, Ana María Bezzi y Hugo Jorge Echarri, para dictar sentencia en la causa N° 6200, caratulada "Caballero, Analía Verónica c/ PROFE - Ministerio de Salud de la Pcia. de Bs. As y otro s/ Amparo?.-

ANTECEDENTES I.- A fs. 23 con fecha 12/11/2015, la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 3 del Departamento Judicial Morón, hizo lugar a la medida cautelar peticionada y ordenó a los demandados a proveer en forma urgente el medicamento denominado etanercept 50mg. Dispuso que la medida debía cumplirse indefectiblemente dentro de las 24hs. de recepcionada la orden respectiva, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del CPC.- II.- A fs. 159 la magistrada, en lo que aquí interesa, teniendo en cuenta la fecha de recepción de los oficios de fs. 52/53 (10/12/2015) y considerando vencido el término para el cumplimiento de la orden judicial dispuesta a fs. 23 vta., hizo efectivo el apercibimiento allí dispuesto imponiéndole a la demandada, Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires -programa Federal Incluir Salud- una sanción conminatoria pecuniaria la que fijó en la suma de \$1.000 por cada día de retraso.- III.- Contra tal proveído, a fs. 166/169, la parte demandada deduce recurso de revocatoria con apelación en subsidio.- En lo sustancial refiere que yerra el decisorio en crisis en cuanto hizo efectivo un apercibimiento (fs. 23) del cual no existe notificación por cédula de la intimación previa (a la imposición de multa de \$1000 diarios) que debió ser dirigida al domicilio legal constituido en autos.- Sostiene que la resolución excede lo peticionado fijando sanciones conminatorias en forma prematura; siendo necesario que medie una intimación al cumplimiento de una obligación bajo apercibimiento de ?astreintes?, para luego, no cumplida la misma y a petición de parte, se dicte un pronunciamiento expreso que las imponga frente a la renuencia al cumplimiento.- Alega que en el caso de autos al no haber existido intimación previa notificada a su parte, su efectivización es prematura y no ajustada a derecho, vulnerándose el derecho de defensa en juicio.- IV.- A fs. 203 la Sra. Juez de grado rechazó el recurso de reposición intentado y concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Corrido el traslado de rigor la accionante lo responde a fs. 297/298.- V.- Con fecha 22/9/2016 (fs. 225) y ante la denuncia de incumplimiento de fs. 224, se intima al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires para que en el término de 24hs. arbitre los medios necesarios para brindar a la amparista la droga etanercept 50mg. Debiendo cumplirse la medida indefectiblemente dentro de las 24hs. de recepcionada la orden respectiva, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del C.P. e imposición de astreintes.- VI.- A fs. 233, con fecha del 31/10/2016, encontrándose vencido el término para el cumplimiento de la orden judicial dispuesta a fs. 225, se hizo efectivo el apercibimiento allí dispuesto imponiéndosele una sanción conminatoria de \$1.000 por cada día de retraso.- Luego de ello y ante una nueva denuncia de incumplimiento, en tanto conforme manifestara a fs. 258 la amparista no le fue suministrada la medicación correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 2016 y enero de 2017, en la instancia de origen, a fs. 259, con fecha 14/2/17 se dispone una nueva intimación para el cumplimiento de la cautelar decretada en autos, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del C.P. y aumento de las astreintes.- VII.- A fs.270/275 la parte demandada presenta recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el auto de fs. 233.- En apretada síntesis, argumenta que yerra el decisorio en crisis toda vez que mediante el expediente n° 5100-23813/16 se acreditó el cumplimiento de la manda procesal desde el 3 de enero de 2017.- Expone que es doctrina de esta Cámara que las astreintes corren desde que se notifica su efectivización y que en el caso de autos se pretende notificar la efectivización, cuando el objeto y la prestación requerida por la amparista se encuentra cumplida.- Refiere que el Programa Federal Incluir Salud se activa con la petición del beneficio, aún en los casos de amparo y que su actividad es fundamental para posibilitar el cumplimiento del PROFE.- Destaca que no se observan en autos los presupuestos de las astreintes: incumplimiento doloso, deliberado e intencional de la obligada; de las constancias de autos y del informe acompañado, surge de modo evidente que no existió ?la reticencia? del Estado, que exige la norma del art. 37 CPCC.- Alega que lejos de haber evidenciado Incluir Salud ?renuencia? deliberada a cumplir con la orden judicial ha demostrado dentro de los plazos razonables abocarse a su cumplimiento dentro de sus posibilidades materiales y legales.- VIII.- A fs. 277 la Sra. Juez de grado rechazó el recurso de reposición articulado y concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Corrido el pertinente traslado la actora lo responde mediante presentación de fs. 297/298.- IX.- Elevadas las actuaciones a esta Alzada y, recibidas según

constancia de fs. 299 vta. , pasan los autos para resolver estableciendo el Tribunal, la siguiente cuestión a decidir: ¿Se ajustan a derecho las resoluciones apeladas? VOTACION A la cuestión planteada, el señor Juez Jorge Augusto Saulquin dijo: 1º) Relatados los antecedentes de la presente causa y recordando que este Tribunal está habilitado para examinar la viabilidad del recurso interpuesto sin estar obligado por la voluntad de las partes ni por la concesión hecha por el Juez de grado, por más que la resolución se encuentre consentida (conf. esta alzada en causas ?Martínez?, del 23 de febrero de 2.006; ?Ehrman?, del 30 de mayo de 2.006 y ?Orguín?, del 2 de septiembre d 2.008, Anchava? del 06/05/2014, entre otras), corresponde en primer término analizar -en forma liminar- la admisibilidad formal de los recursos de apelación subsidiariamente interpuestos.- 2º) A tal fin, cabe recordar que el art. 16 de la Ley N° 13.928 establece que los recursos de apelación proceden contra: 1) las resoluciones que rechacen la acción por su manifiesta inadmisibilidad; 2) las resoluciones referentes a medidas cautelares; 3) la sentencia definitiva.- De ello se deduce que la norma vigente ha reafirmado el principio de apelabilidad restringida en materia de amparo, impuesto para asegurar la celeridad del proceso, en virtud del cual sólo resultan atacables por vía de apelación las decisiones expresamente consignadas en la aludida norma (esta Cámara causa n° 1.813/09 "Chanquia, Alicia Nélica c/ Ministerio de Salud Pcia. de Bs. As. s/ amparo pieza separada art. 250 inc. 2° CPCC" del 13/10/09; N° 1.874-LM "Juárez, Angélica Lucía c/ IOMA s/ Amparo" del 10/12/09 y n° 4.683/14 ?Sanabria, Juan Arturo en representación de Aquino, Ninfa Fátima c/ IOMA s/ Amparo? del 14/5/15, entre otras).- Sin embargo, esta alzada ha señalado que el referido principio de inapelabilidad en materia de amparo, debe ceder en aquellos supuestos especiales en que corresponda dar una interpretación definitiva sobre el alcance de los textos legales aplicables en la materia o cuando se observe un apartamiento de las normas fijadas por la ley sustancial o instrumental aplicada supletoriamente (esta Cámara en las causas N° 826/06, ?Esquivel, María Paola c/ Estado Provincial s/ Incidente s/ Amparo?; N° 364/06, "Astoul Bonorino, Horacio Eduardo c/ Colegio de Martilleros y Corredores s/ amparo", del 7 de noviembre de 2.006; N° 174/07, "Barbich, Antonio Juan y otros c/ Municipalidad de Vicente López s/ acción de amparo", del 8 de junio de 2.007 y N° 4.683/14, ?Sanabria, Juan Arturo en representación de Aquino, Ninfa Fátima c/ IOMA s/ Amparo?, sentencia de mayo de 2.015, entre otras).- Bajo tales parámetros, considero que no se encuentran configuradas circunstancias excepcionales que justifiquen apartarse del principio genérico de inapelabilidad, por lo que el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por la Fiscalía de Estado a fs. 270/275, tendiente a que se revoque la providencia de fs. 233 de fecha 31/10/2016, resulta formalmente inadmisibile.- 3º) Así las cosas, corresponde tratar a continuación el recurso de apelación articulado mediante conducto de fs. 166/169 contra la providencia de fecha de fecha 22/2/2016 (fs. 159), en la cual, la Sra. Magistrada haciendo efectivo el apercibimiento dispuesto a fs. 23, le impone a la demandada una multa de \$1.000 por cada día de retraso (art. 37 del CPCC).- En este contexto, reiterando lo ya expuesto en relación a que en materia de amparo rige el principio de inapelabilidad y que el mismo ha de ceder en aquellos supuestos especiales en que corresponda dar una interpretación definitiva sobre el alcance de los textos legales aplicables en la materia o cuando se observe un apartamiento de las normas fijadas por la ley sustancial o instrumental aplicada supletoriamente; entiendo que en la especie, se configuran los supuestos excepcionales indicados.- En efecto, se advierte que corresponde dar una interpretación definitiva sobre las normas sustanciales e instrumentales de aplicación en torno a la intimación y fijación de astreintes en el marco del cumplimiento de la medida cautelar decretada a fs. 23. Tales circunstancias permiten encuadrar el caso en la excepción antes indicada ya que es susceptible de causar un perjuicio de difícil reparación ulterior (conf. este Tribunal en causa n° 2205 ?Ortiz Segura Franco Tomas s/ Amparo?, del 17/8/10, y n° 2204 ?Figuroa Ariel Santiago s/ Amparo, del 17/8/10, entre otras).- Por lo tanto, corresponde en este caso apartarse del principio general referido y disponer la apertura de esta instancia. Ello, en tanto el recurso fuer interpuesto en escrito fundado y dentro del plazo legal (art. 17 Ley N° 13.928, ver notificación de fs. 163/164 del 26/2/2016 y cargo de fs. 169 vta. del 2/3/2016).- 4º).- Sentado ello, es dable recordar -a efectos de resolver la cuestión debatida - que el art. 37 del CPCC establece que los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas, tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento, que las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica totalmente su proceder (ver esta Cámara in re: causas N° 4274/14, caratulada ?Martínez Huayllani, Lucila c/ Ministerio de Salud s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos - Empleado Público?, sentencia de septiembre de 2.014 y N° 3816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo?, del 16/7/15, entre otras).- En tal sentido, 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 (SCBA, Ac. 90.941, sentencia del 8 de marzo de 2.006, ?Sociedad de Fomento Cariló c/ Municipalidad de Pinamar s/ Amparo? y esta Cámara in re: causas N° 929 ?Corbelle, Noelia Solange s/ amparo? del 22/8/07; N° 4.274/14, caratulada ?Martínez Huayllani, Lucila c/ Ministerio de Salud s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos - Empleado Público?, sentencia de septiembre de 2.014 y N° 3.816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo? del 16/7/15, entre otras).- Se reitera que, como se expresara

anteriormente, las astreintes no configuran una sanción por incumplimiento, sino un procedimiento conminatorio para obligar al deudor a cumplir (CCASM en las causas N° 1.129/07, ?Accosano, Rubén Lorenzo c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Amparo? del 8/11/07; N° 964, "Winkhaus, Leonardo J. c/ Ministerio de Salud de la Prov. de Bs. As. s/Amparo" del 8/11/07; N° 4.274/14, caratulada ?Martínez Huayllani, Lucila c/ Ministerio de Salud s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos - Empleado Público?, sentencia de septiembre de 2.014 y N° 3.816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo? del 16/7/15, entre otras).- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que constituyen un medio de coerción que actúa como presión psicológica del deudor; que no pueden aplicarse en forma retroactiva como si fueran una simple pena o multa, pues miran al futuro y alcanzan a quien, después de dictada persiste en su desafuero, de modo que mientras no se verifique el incumplimiento de la manda judicial por resolución firme y ejecutoriada, no tiene - como regla - eficacia, ni puede cumplir con su finalidad propia (fallos 322:68; 326:3081; ?Bagialemani, Cayetano v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?, del 29/4/04, Lexis N° 70013664; este Tribunal en las causas N° 1.182, ?Santana, Mariano A. c/ IOMA (Programa Federal de Salud) y otro s/ Amparo?, del 27/11/08 y N° 3.816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo? del 16/7/15, entre otras).- En tal contexto, cabe subrayar que cuando en la sentencia o decisión cautelar se ordena realizar un acto bajo apercibimiento de aplicar astreintes, debe dictarse luego una resolución que expresamente las imponga, ya que es presupuesto de su operatividad la denuncia y verificación del incumplimiento por parte de la conminada al acto cuya realización se procura inducir (CCASM en las causas N° 1.129/07, ?Accosano, Rubén Lorenzo c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Amparo?, del 8/11/07; N° 964, "Winkhaus, Leonardo J. c/ Ministerio de Salud de la Prov. de Bs. As. s/Amparo", del 8/11/07; N° 4.274/14, caratulada ?Martínez Huayllani, Lucila c/ Ministerio de Salud s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos - Empleado Público?, sentencia de septiembre de 2.014 y N° 3.816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo? del 16/7/15, entre otras).- 5°) Sobre dichas bases, cabe señalar que en la especie, la señora Juez de grado, a fs. 159, haciéndose efectivo el apercibimiento dispuesto a fs. 23, le impone a la demandada una sanción conminatoria de \$1.000 por cada día de retardo.- Al respecto cabe resaltar que si bien en la providencia en análisis se hace referencia al apercibimiento establecido a fs. 23, se advierte que aquel no ha sido el de aplicar astreintes (art. 37 del CPCC) sino de aplicar las sanciones previstas por el art. 239 del Código Penal.- En tales condiciones, asistiéndole razón al recurrente, entiendo que el recurso de apelación articulado en forma subsidiaria a fs. 166/169 contra la providencia de fs. 159 ha de prosperar en tanto la sanción conminatoria allí establecida ha sido prematura.- Cabe recordar que esta Cámara en reiteradas oportunidades ha establecido que, ante cada denuncia de incumplimiento se debe intimar a la demandada para que acredite el cumplimiento de la prestación pendiente bajo apercibimiento de imponer astreintes (ver esta Cámara in re: causa N° 3.816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo? del 16/4/15, N° 4.749, caratulada ?Farrell, María Gabriela c/ I.O.M.A. (Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires) s/ Amparo? del 10/9/15, N° 4.899, caratulada "García, Esteban Francisco C/ Programa Federal Incluir Salud (ex PROFE BA), Ministerio de Salud s/ Amparo? del 3/11/15, entre otras).- 6°) A mayor abundamiento y teniendo en cuenta que ?...los jueces deben fallar atendiendo las circunstancias existentes al momento de su decisión, aún en aquellos casos en que ellas fueren sobrevinientes? (Fallos CS 312:555 y 315:123 entre otros, en igual sentido, esta Cámara in re: expte. 47/2004, ?A.,E.D.C. c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contenciosa?, S. 3-V-2005), no puedo dejar de advertir que la amparista a fs. 291 ha manifestado que la demandada ha cumplido con la entrega del medicamento correspondiente, habiendo recibido el mismo el 7 de marzo del corriente año y a principios del mes de abril.- Ante tal situación, es dable recordar que esta Cámara en reiteradas oportunidades ha establecido que, ante cada denuncia de incumplimiento se debe intimar a la demandada para que acredite el cumplimiento de la prestación pendiente bajo apercibimiento de imponer astreintes (ver esta Cámara in re: causa N° 3.816, caratulada ?Argiz, María Fernanda c/ PROFE s/ Amparo? del 16/4/15, N° 4.749, caratulada ?Farrell, María Gabriela c/ I.O.M.A. (Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires) s/ Amparo? del 10/9/15, N° 4.899, caratulada "García, Esteban Francisco C/ Programa Federal Incluir Salud (ex PROFE BA), Ministerio de Salud s/ Amparo? del 3/11/15, entre otras).- Por los fundamentos dados, propongo a mis distinguidos colegas: 1°) Declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la demandada en forma subsidiaria a fs. 270/275 (arts. 16 y 17 de la Ley N° 13.928); 2°) Hacer lugar al recurso de apelación planteado por la parte demandada a fs. 166/169. En consecuencia, revocar la providencia de fs. 159 dejando sin efecto las astreintes allí impuestas; 3°) Hacer saber que si bien conforme se denunciara a fs. 291 la medicación ha sido entregada a la amparista, siendo su tratamiento de carácter continuado en función de la patología que padece, ante cada denuncia de incumplimiento se deberá intimar a la demandada para que acredite el cumplimiento de la prestación pendiente bajo apercibimiento de imponer astreintes; 4°) Teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la causa, distribuir las costas en el orden causado (conf. art. 19 de la Ley N° 13.928); y 5°) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77).- Los señores Jueces Ana María Bezzi y Hugo Jorge Echarri votaron a la cuestión planteada en igual sentido y

por los mismos fundamentos, con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Por las razones antes expuestas, este Tribunal RESUELVE: 1° Declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la demandada en forma subsidiaria a fs. 270/275 (arts. 16 y 17 de la Ley N° 13.928); 2° Hacer lugar al recurso de apelación planteado por la parte demandada a fs. 166/169. En consecuencia, revocar la providencia de fs. 159 dejando sin efecto las astreintes allí impuestas; 3°) Hacer saber que si bien conforme se denunciara a fs. 291 la medicación ha sido entregada a la amparista, siendo su tratamiento de carácter continuado en función de la patología que padece, ante cada denuncia de incumplimiento se deberá intimar a la demandada para que acredite el cumplimiento de la prestación pendiente bajo apercibimiento de imponer astreintes; 4°) Teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la causa, distribuir las costas en el orden causado (conf. art. 19 de la Ley N° 13.928); y 5°) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77). Notifíquese. Oportunamente, devuélvase.-

022693E