PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 12 de Febrero del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SCHLERETH DAVID PABLO C/ ORGAZ LUCAS ALBERTO S/ACCION PREVENTIVA DE DAÑOS Y REPARACION DE DAÑOS" (JNQCI4 EXP 519742/2017)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Jorge PASCUARELLI** y **José Ignacio NOACCO,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. Que llega nuevamente a esta Alzada la presente para la resolución de las apelaciones deducidas por Facebook Argentina S.A.

En primer lugar, a fs. 393 apeló la resolución de fs. 388 y vta. (12/10/18) que rechazó el planteo de nulidad formulado por esa parte debido a la falta de notificación de la resolución de fs. 350 que hizo efectivos los astreintes.

A fs. 403/409 presentó memorial. En el primer agravio dice que la falta de notificación oportuna de la resolución de fecha 13/9/18 importa la nulidad de todo lo actuado con posterioridad en materia de astreintes. Dice que la resolución del 20/12/17 es irrelevante porque no imponía astreintes sino que las intimaba. Expresa que el accionar de la *A-quo* es contradictorio porque primero ordenó notificar la resolución del 13/9/18 y al rechazar la nulidad dijo que era irrelevante. Dice que esta Alzada al conceder la apelación contra esa resolución confirmó que el vicio procesal es grave.

En el segundo agravio alega que no planteó la nulidad por la nulidad misma sino que se presenta un vicio insubsanable porque luego se aprobó una liquidación que no tiene sustento. Sostiene que ello es demostrado por el hecho de que la Cámara concedió la apelación. Agrega, que los

astreintes se aplican desde que la resolución es ejecutoriada y no retroactivamente.

El actor contestó el traslado del memorial a fs. 432/435. Solicita su rechazo, con costas.

En segundo lugar, a fs. 386 apeló la resolución de fs. 350 (13/09/18) que hizo efectivo al apercibimiento de astreintes. A fs. 388 se rechazó la apelación por extemporánea y fs. 401 se hizo lugar a la queja concediéndola. A fs. 412/418 se presentó memorial. La recurrente alega, primero, la imposibilidad de cumplir con la medida cautelar por falta de legitimación pasiva de Facebook Argentina y la extinción de la obligación principal porque la medida era para la eliminación de un video que ya no se encuentra disponible en el servicio de Facebook, conforme surge de acta notarial que acompañó. También alega la contradicción en aplicar astreintes a Facebook Argentina porque el art. 37 del CPCyC solo permite aplicarlas a las partes y la recurrente es un tercero.

En subsidio, sostiene que el monto fijado por astreintes es desproporcionado y excesivo contrariando los parámetros fijados por la CSJN teniendo en cuenta que se fijan dos *ius* diarios, el objeto de la acción no es una suma dineraria y el video ya no se encuentra disponible. Solicita que se modifique el monto disminuyéndolo.

A fs. 429/431 el actor contestó el traslado del memorial. Solicita su rechazo, con costas.

En tercer lugar, a fs. 410 apeló la resolución de fs. 398/399 (07/11/18) que rechazó la impugnación y aprobó la liquidación de astreintes.

A fs. 422/428 presentó memorial. Sostiene que es improcedente aprobar una liquidación de astreintes hasta tanto

no haya resolución firme y ejecutoriada que las haga efectiva debido a que la resolución del 13/09/18 se encuentra apelada con efecto suspensivo y no había sido notificada por lo cual la liquidación era prematura.

Luego, dice que se aplican astreintes retroactivamente porque es necesario que la resolución del 13/09/18 se encuentre firme y ejecutoriada.

Alega que es irrelevante la fecha citada por la A-quo a los efectos de una liquidación de astreintes porque se toma el 25/02/18, lo cual es equivocado porque corresponde a un mero apercibimiento lo cual no es una resolución válida para considerar su devengamiento y la resolución del 13/09/18 tampoco se encuentra firme y ejecutoriada.

También alega la improcedencia de aplicar astreintes porque la cuestión devino abstracta debido a que la publicación no se encuentra disponible. Dice que es irrelevante la existencia de una orden judicial firme porque la finalidad de los astreintes es el cumplimiento de una orden judicial y el video ya no está disponible, así como que al aprobarse la liquidación se genera un enriquecimiento sin causa del actor.

A fs. 438/440 el actor contestó el traslado del memorial. Solicita su rechazo, con costas.

II. Ingresando al análisis de las apelaciones planteadas por Facebook Argentina S.R.L. corresponde comenzar por el recurso contra la resolución que desestimó su planteo de nulidad.

1. La recurrente a fs. 374/382 vta. planteó la nulidad en los términos del art. 169 del CPCyC de lo actuado

con posterioridad a la resolución del 13/09/18 (fs. 350) debido a su falta de notificación.

La *A-quo*, por resolución de fs. 388 (12/10/18), rechazó *in limine* el incidente de nulidad considerando que lo contrario importaría la nulidad por la nulidad misma sin que se advierta el agravio invocado.

Al respecto, corresponde confirmar la decisión por cuanto a fs. 386 (3/10/18) la recurrente se notificó de la resolución fs. 350 e interpuso recurso de apelación que fue concedido por esta Alzada así como también impugnó la liquidación practicada apelando posteriormente la resolución que la aprobó, de tal forma que no se dan los presupuestos del art. 169, 172 y cctes. del CPCyC para que proceda el incidente de nulidad.

Asimismo, las cuestiones planteadas para fundar la apelación refieren al fundamento de la decisión para aplicar astreintes lo cual corresponde al recurso contra esa resolución y no a un incidente de nulidad.

2. Luego, corresponde tratar la apelación de la resolución de fs. 350 (13/09/18) que hizo efectivo al apercibimiento de astreintes.

Los agravios referidos a la falta de legitimación pasiva y la posibilidad de aplicación de astreintes a la recurrente resultan improcedentes por cuanto se pretende la revisión de cuestiones ya resueltas con anterioridad (v. resoluciones de fs. 128 y fs. 158/159, así como resolución de fs. 166/167 y de Alzada de fs. 158/159).

3. En relación con la queja fundada en la extinción de la obligación principal porque la medida era para la eliminación de un video que ya no se encuentra disponible en

el servicio de Facebook así como de los fundamentos de la apelación contra la resolución que aprueba la liquidación consistentes en que las astreintes proceden desde que se encuentra firme la resolución que las hace efectivas, le asiste razón al recurrente.

En el caso, la resolución fs. 350 del 13/09/18 que hizo efectivo el apercibimiento resultó notificada el 03/10/18 (fs. 386) y al hacerlo se acompañó acta notarial del 02/10/18 donde se constata que no es posible acceder a la página que permitiría el acceso al video objeto de la cautelar (fs. 383/385). Esta documental no fue desconocida y al contestar el traslado el actor manifiesta que la cuestión no es abstracta aunque el video fuera eliminado porque el incumplimiento es por periodo anterior (fs. 395).

En relación con la aplicación de las astreintes la queja es procedente por cuanto esta Alzada reiteradamente ha sostenido que se computan desde que se hizo efectivo el apercibimiento (lo que implica su notificación) y que no proceden "[…] *cuando como en el caso, el cumplimiento se ha efectuado –aunque tardíamente- pero antes de que el apercibimiento se hubiera hecho efectivo* […]", ("GOMEZ CARLOS EDUARDO CONTRA MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ AMPARO POR MORA". EXP Nº 443403/11).

Así, se sostuvo *"Como indica el recurrente, los apercibimientos procesales son un medio de coerción, cuya finalidad es constreñir al litigante remiso para que ejecute el acto ordenado. Y si bien es cierto que también cumplen una función sancionatoria, ésta es secundaria y, por ello, aún cuando efectivamente corresponda su aplicación, las astreintes pueden ser dejadas sin efecto o morigeradas en su cuantía."*

"Por ello, cuando como en el caso, el cumplimiento se ha efectuado –aunque tardíamente- pero antes de que el apercibimiento se hubiera hecho efectivo, la aplicación de la sanción se desentiende de sus fines."

"En este orden, la secuencia que se debe presentar para posibilitar la ejecución efectiva de las astreintes abarca, al menos, tres estadios: 1) resolución por la cual se intima, bajo la amenaza de aplicar sanciones, debidamente notificada; 2) Ante el incumplimiento, cabe dictar otra providencia que condena a pagar la suma fijada por día, por mes o por otro período de tiempo, hasta que la obligación sea ejecutada; 3) Notificado y ejecutoriado el auto que las impone, recién la sanción –en su faz de penalidad- resulta aplicable. Por eso, la sanción conminatoria es aplicable desde que el auto que la impone es notificado y ejecutoriado (CNCiv., Sala E, 7/10/80, "Chaibul de Pérez Lidia c.Pérez, Leonardo", J.A.,1981-III-síntesis)"."

"Es, entonces, plenamente aplicable al caso, la solución acordada por la Sala II de esta Cámara en cuanto ha resuelto que "si sólo medió intimación al cumplimiento de la medida ordenada, "bajo apercibimiento" de aplicar astreintes, pero no hubo una decisión expresa que las impusiera efectivamente haciendo actual el apercibimiento no puede reclamarse el pago de sanciones que no fueron aplicadas." (P.I. 1990-I- 45/46 y PI-2002-VII-1391/1394, ambos de Sala II, entre tantos otros)."

"Y la decisión expresa debe ser anterior al cumplimiento. Esto es así por dos razones: "

"a) En primer lugar, porque dado el carácter conminatorio –no resarcitorio- de la sanción, las astreintes

constituyen una medida excepcional de interpretación restrictiva;"

"b) Debe distinguirse entre la intimación o amenaza que el Juez formula, tendiente a vencer la resistencia del deudor y la etapa en que, a la vista del resultado negativo de aquella, se hace efectivo el apercibimiento, tornándose entonces en "definitivas" las astreintes y por ende ejecutables;"

"c) Por lo tanto, si sólo medió intimación al cumplimiento de la medida ordenada, "bajo apercibimiento" de aplicar astreintes, pero no hubo una decisión expresa que las impusiera efectivamente, antes del cumplimiento haciendo actual el apercibimiento, no puede reclamarse el pago de sanciones que no fueron aplicadas (cfr. P.I. 1990-I- 45/46, PI-2002-VII-1391/1394, y más recientemente PI-2005-Tº V-Fº 865/867, todos de Sala II)

En definitiva: si "…la notificación de la sanción fue posterior a la fecha en que el ente deudor dio cumplimiento a la intimación que se le cursó, las sanciones conminatorias deben ser dejadas sin efecto en su totalidad con fundamento en lo dispuesto por el art. 37 in fine, código procesal, en virtud de que no se dan las razones que justificarían su imposición." (Autos: Zarate Rolando Félix c/ Dirección General de Fabricaciones Militares s/ Accidente de trabajo art. 1113 C.C. Causa n 1261/92. Amadeo - Bulygin 14/10/1999, LDT). Y, esto es así, por cuando si en la sentencia "la demandada fue apercibida de aplicación de astreintes, pero no existió una efectiva aplicación ni la necesaria determinación del valor de la sanción compulsiva, hace que sea improcedente que se lo haga ahora en forma retroactiva, dada la naturaleza y fin del instituto" (cfr. "Techera c/ Farabello" LAS 1989, Fº 389/90".

(CCI Art. 666, CCCO03523 6500222 S 11-8-95, Juez ROVIRA (SD) (LDT).”

“Por estas razones, corresponde revocar el decisorio cuestionado, ya que hace efectivo el apercibimiento y liquida las astreintes, con posterioridad al cumplimiento, lo que importa una aplicación retroactiva, incompatible con la finalidad del instituto”, ("GOMEZ CARLOS EDUARDO CONTRA MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ AMPARO POR MORA", EXP Nº 443403/11).

En el mismo sentido “VALLEJOS DOMINGO A. CONTRA BIVANCO CARLOS ALFREDO S/DESALOJO POR FALTA DE PAGO", EXP Nº 358832/7; "RICCOMINI CARINA C/DIAZ HUGO ROSEN S/INCIDENTE DE APELACION E/A: 425873/10", INC Nº 43218/2014, “SANHUEZA SEBASTIAN EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/AMPARO POR MORA”, JNQJE3 EXP 100012/2017), entre otras.

4. En consecuencia, corresponde revocar las resoluciones de fs. 350 y fs. 398 dictada en consecuencia, resultando improcedentes las astreintes y la planilla presentada.

Las costas de ambas instancias se imponen por su orden en atención a las particularidades del caso y el modo en que se resuelve (cfr. “SANHUEZA SEBASTIAN EDUARDO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/AMPARO POR MORA”, JNQJE3 EXP 100012/2017).

El Dr. **José Ignacio NOACCO** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Revocar las resoluciones de fs. 350 y fs. 398 resultando improcedentes las astreintes y la planilla presentada.

2. Imponer las costas de la Alzada por su orden (art. 68 del CPCyC) difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. José Ignacio NOACCO

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA