

**TUTELA ANTICIPADA POR DAÑOS DERIVADOS DEL
TRÁNSITO CONSAGRADA EN LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA**

Enviado a LL 23-12-11

Por Carlos Alberto Carbone

*"Ante la demora del proceso, la urgencia
es más importante que la certeza"*

Rolan Arazi

Sumario:

I. El derecho humano a una respuesta judicial rápida y eficaz y el caso Pardo. II Anticipación de la tutela en asuntos resonantes derivados accidentes del tránsito y transporte ferroviario. III. Despachos interinos de contra aseguradoras, concesionarias viales y tutela moralizada IV. La tutela anticipada por accidentes del tránsito en la CSJN. 2. Proceso eficaz y solo como instrumento del derecho2. Proceso eficaz y solo como instrumento del derecho de fondo

I. El derecho humano a una respuesta judicial rápida y eficaz y el caso Pardo

Empezamos este trabajo por una de las pautas finales del fallo que vamos a comentar puesto que se destaca con enjundia “ una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional”¹

¹ CSJ in re Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C. Eecursos de hecho buenos Aires, 6 de diciembre de 2011

Para mejor entender lo que sigue es imperioso conocer el caso que motiva este revolucionario pronunciamiento de la Corte Federal que supera incluso el leading case Camacho Acosta en materia de tutela anticipada.

Con las propias palabras de la Corte Nacional que señaló que tal anticipo se plantea en el marco de un juicio por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, dedujeron un incidente de tutela anticipatoria a fin de que se condenara al demandado y a su compañía aseguradora a pagar la suma de \$ 43.212 para la adquisición de diversos elementos ortopédicos y la de \$ 6.300 mensuales para sufragar la atención médica y los gastos que el cuadro de salud de la joven requería. Sustentaron su pedido en la falta de recursos económicos y en la presunción de responsabilidad prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segunda parte, del Código Civil, en constancias de la causa penale informes médicos, en precedentes del Tribunal, en las normas constitucionales que tutelan el derecho a la vida y a la salud, como también en diversos tratados internacionales que preservan los derechos de los menores y de las personas discapacitadas. ... El 17 de abril de 2008, en horas del mediodía, en circunstancias en que su hija —en esa época menor de edad— se encontraba circulando en bicicleta por el carril derecho de la calle Los Filtros de la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, fue violentamente embestida en la parte trasera por el rodado Fiat Duna, conducido por el demandado, que circulaba en el mismo sentido a elevada velocidad; que como consecuencia del impacto —que motivó que la bicicleta quedara enganchada al automóvil y fuera arrastrada un largo trecho hasta que el vehículo se detuvo— sufrió gravísimas-2- lesiones que llevaron al estado vegetativo en que se encuentra, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible..”

Esta necesidad de la víctima necesitaba de un rápido pronunciamiento. El derecho humano a una tutela judicial rápida y eficaz ya no nos puede

asombrar como un derecho *nuevo*. *La necesidad impostergable* del que pide en la demanda, la urgencia en que en alguna medida le sea reconocida la pretensión ya es una moneda corriente.²

Basta penar la fecha del accidente y la confirmación de la tutela anticipada por la CSJN tres años y medio después para hacer una prognosis pesimista en tanto a la probable fecha de la sentencia definitiva, que sin dudas cuando llegue sin el anticipo habrá sido una consagración de la denegación de justicia violatoria de los derechos humanos aunque fuera favorable.

Tiempo atrás hablábamos de un nuevo **principio general de derecho**: *la razón del actor que tiene razón* trazado a principios de siglo por Chiovenda y poníamos como ejemplo vital que el campo propicio para cosechar la tutela anticipatoria era precisamente en materia de accidentes de tránsito ³ tal cual lo reconoció la doctrina ⁴ y la jurisprudencia repasaremos⁵

Para recordar a los menos informados podemos aclarar que despacho interino de fondo o sentencia anticipatoria es *"el que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos) , otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza o la*

² Carbone Carlos "El derecho humano a un proceso rápido, pilar del proceso constitucional" Zeus Boletín N° 8247 el 10/08/2007

³ Carbone Carlos "Los despachos interinos de fondo: un hueco en la legislación ritual argentina que debe llenarse para consagrar un nuevo principio general de derecho" en Zeus boletín del 25/09/98 citado por Vargas Abraham Luis " Tutela anticipada. Perfiles actuales" en *Cuestiones Procesales Modernas* Director: Jorge Peyrano Ed. La Ley 2005 pag. 202, 218, 220

⁴ Vargas Abraham Luis " Tutela anticipada. Perfiles actuales" en *Cuestiones Procesales Modernas* Director: Jorge Peyrano Ed. La Ley 2005 pag. 202, 218, 220

⁵ Juzgado de Distrito en lo Civil, Comercial, Laboral y de Familia de Villa Constitución a cargo del Dr. José Luis Sedita, Auto N° 616 del 4/10/2000 in re "Gómez Daniel Rubén y otros c/ Damián E. Maggioni y/u otros s/ Daños y Perjuicios" Expte. N° 283/00 en Zeus T.86 13/8/01 y en Revista de Derecho Procesal, T. 2002-1, anotado por Jorge Peyrano, pag. 559.

particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en modo sumario en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptualarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos, obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito" ⁶

Hasta el mismísimo Congreso Nacional de Derecho Procesal de fin de siglo pasado celebrado en San Martín de los Andes prendió la alarma: el derecho de defensa en juicio también abarca al actor, que **tiene derecho a una tutela efectiva en un tiempo razonable**, captando de alguna forma nuestro postulado de estar hoy frente a un nuevo principio general del derecho, al menos de derecho procesal si parece pretencioso: *el proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón* trazado por Chiovenda, surcado por Calamandrei, y citado por modernos autores italianos y españoles como García de Enterría que no duda en darle tal carácter.⁷

Y en esta revolucionaria concepción nos siguen y nos citan insignes profesores latinoamericanos, que no dudan en hablar que la "*demora del proceso siempre beneficia al demandado que no tiene razón*" y que entre el

⁶ Carbone Carlos A. Concepto en Libro "Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo)" Peyrano J. (director) Carbone (Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 2000 pag. 92

⁷ Carbone Carlos " Las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias como proyección de un nuevo principio general del derecho de raíz procesal. *El proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón*" Ponencia en dicho Congreso en Disco Compacto editado por el evento. Y publicada en J.A. semanario N° 6164 del 20/10/99. Chiovenda, Giuseppe, refiere que "la duración del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón en Instituciones de derecho Procesal T. I N° 34 pag. 175 Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1936, traducción de E. Gómez Orbaneja; principio retomado por Calamandrei, Piero "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares" Ed. Librería El Foro, Bs. As. 1998.pag. 44 y actualizado entre por Satta, Salvatore "Derecho Procesal Civil" T. III "La tutela del derecho " Ed. Eje Bs. As. 1972 , .Denti Vitorio "La tutela d'urgenza" op. cit. pag. 164 y Carpi "La tutela d'urgenza fra cautela " op. cit. y García de Enterría "La batalla por las medidas cautelares" Ed. Chivitas 2da. Ed. Ampliada Madrid 1995 pag. 120/121 nota 3 quien refiere que procede de las Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesaurò en el caso Factortame del 19/6/90 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sentando una verdadera doctrina general en materia cautelar comunitaria al acogerla la Sentencia del la Corte, que acordaba novedosamente la posibilidad de que los jueces acordasen medidas cautelares contra la Corona Inglesa, o sea contra el Estado basadas en el derecho comunitario con cita en la Sentencia de la Corte Constitucional Italiana.-

conflicto entre el derecho a la tutela tempestiva y el derecho al conocimiento exhaustivo y definitivo se pronuncia por la primera mediante la técnica de la anticipación de la tutela que contribuye a una mejor distribución del peso del tiempo del proceso para que no sea soportando únicamente por la parte actora cuando tiene razón, que *cuando el estado asumió el compromiso de tratar a los litigantes de forma isonómica y de tutelar de forma oportuna y efectiva los derechos.*⁸

Da cuenta García de Enterría⁹ que ni las leyes ni la práctica judicial reconocen como una protección objetiva *el fumus boni iuris* frente a situaciones que arriesgan la efectividad de la tutela final judicial o que hacen la espera de la sentencia final, *injustamente* gravosa para quien desde el primer momento se ve, *prima facie*, que le asiste la razón en tanto que la otra está abusando del proceso con fines del mero retraso en el cumplimiento de obligaciones inequívocas.

Para cristalizar la idea, el despacho interino de fondo, tiene a diferencia de la medida cautelar, la anticipación de los efectos ejecutivos de una sentencia de condena: as medidas cautelares como el embargo, solo buscan asegurar el resultado práctico de la sentencia. Por lo demás no se los debe confundir con las medidas autosatisfactivas que otorgan la satisfacción inmediata de lo pretendido pero con tal proceder se agota el proceso, a diferencia que los despachos interinos que requieren de la culminación del mismo mediante la sentencia que confirme o no el adelanto.

Señalamos tiempo atrás algunos requisitos, distintos de la medida cautelar "clásica": más que verosimilitud, se requiere una certeza suficiente del derecho invocado por el actor, fundado en prueba inequívoca, con un plus del daño irreparable que supera el mero peligro en la demora, que los

⁸ Marinoni, Luiz Ghuilherme "La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso" Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 2001 pag. 570 nota 16, 573 y 574.

⁹ Aún con la vigencia del art. 1428 de la ley de Enjuiciamiento Civil reformado por la ley 6/8/84 que contiene una cláusula general sin funcionar.-

efectos de estos despachos sean fácilmente reversibles si la sentencia de fondo después no los confirma, y prestación de contracautela, salvo casos excepcionales. A nuestro juicio no solo la urgencia es su soporte, sino también la evidencia del derecho del actor o el abuso del derecho de defensa del demandado o su propósito dilatorio, como trae legislado en art. 273 del código procesal brasileño.¹⁰

2. Anticipación de la tutela en asuntos resonantes derivados accidentes del tránsito y transporte ferroviario.

Para ver la importancia del instituto recordamos el ejemplo hipotético que ya trazamos del automovilista que perdiendo el control del rodado, sin ninguna otra causa, se incrusta en la finca de la esquina lo que trae aparejado prácticamente el derrumbe de parte de la casa.

¿Es justo esperar que el conductor o su compañía de seguros se dignen a pagar cuando les convenga, o cuando salga la condena luego de varios años de proceso de conocimiento?

En este sentido, en el derecho británico se han autorizado *pagos interinos* antes de la demanda y a cuenta de la indemnización por daños y perjuicios que cobraría probablemente en la sentencia final como el ordenado a favor de una pasajera que resultó herida porque el conductor se estrelló contra un árbol Surgen estos pagos interinos de la facultad emanada del Acta de la Suprema Corte que dispuso mediante la ordenanza N° 29 en 1981 los siguientes supuestos: si el demandado admitió su responsabilidad, o si surge *claro* que el actor obtendrá la indemnización en el juicio pertinente.¹¹

¹⁰ Carbone Carlos "Sentencia Anticipada" op. cit. pag. 134 y sgtes.

¹¹ Barnard, David & Houghton, Marck, "The New Civil Court in Action" Ed. Butterworths, London, 1993 capítulo V Anexo traducido en "Anticipación de la Tutela" Grillo Ciocchini, Pablo Agustín, Ponencia presentada en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Setiembre de 1996 Junín, Comisión VI "Tutela Anticipada y Definitoria".

¿No hay una certeza suficiente desde el vamos al derecho de ser indemnizado prontamente y no deviene injusta la situación del ejemplo referido en nuestro medio que no tiene herramientas idóneas para remediarla, salvo que los jueces empiecen a cobrar un inusitado "activismo judicial" como lo hemos preguntado antes y obtuvimos la contestación favorable en la doctrina especializada ¹²

En Italia, por medio de la ley N° 990 del 24 de diciembre 1969, art. 24, se autoriza al juez de instrucción tanto **civil como penal** la anticipación del pago de una suma de dinero hasta cuatro quintos de la indemnización que se estime cierta (suficientemente: *"della <presumibile> entità del danno risarcibile*) en materia de accidentes ocasionados por el tránsito si resultan graves elementos de responsabilidad en un sumario conocimiento y a favor de la víctima y contra la aseguradora para solventar necesidades de tipo primarios (gastos de medicamentos, internaciones, etc.) que adquiere un grado inusitado de interinidad ya que estará vigente hasta el dictado de la sentencia de mérito.

Para no morir en la espera, hasta en España ha reaccionado el legislador y en la ley sobre circulación vehicular, el art. 17 norma un pago provisorio a favor de las víctimas de este tipo de accidentes anticipando cualquier tipo de indemnización, reacción que se ve reflejada en el ordenamiento criminal en su art. 785 8ª. D de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El derecho lusitano no se quedó atrás: por medio del art. 403 según la ley 329-A-95 que entró en vigor el 1º de Enero de 1997 dispone aumentando el campo de acción comentado supra: *"Como dependencia de acción de indemnización fundada en muerte o lesión corporal, pueden los dañados, tanto como los titulares del derecho a que se refiere el N° 3 del*

¹² Peyrano, Marcos "La sentencia anticipatoria y el derecho de defensa" *en libro* Sentencia Anticipada (Peyrano, Director; Carbone Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 2000 pag. 316. Peyrano Marcos, y Vazquez Ferreyra, Roberto " Digesto Práctico La Ley: Medidas Cautelares y Procesos Urgentes" Ed. La Ley, Bs., As. 2001pag 657

artículo 495 del Código Civil, requerir el arbitramento de cuantía cierta bajo la forma de renta mensual, como reparación provisoria del daño"

Pareciera ser que se debe reaccionar, pero entre nosotros lo hizo también de alguna forma, el art. 68 de la ley 24.449 conocida como Ley del Tránsito: *".. Los gastos de sanatorio o velorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes. Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago.."*. La norma debe relacionarse con el artículo 109 de la Ley de Seguros que obliga al asegurador a mantener indemne al asegurado por las deudas que deba a un tercero por la responsabilidad prevista en el contrato.

Se exige además, dado la trascendencia de la orden una cautela suficiente, prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo, tópico que supera no sólo el de verosimilitud del derecho sino también el del peligro en la demora exigido para las medidas cautelares (embargo, inhibición, etc.) en lo que se entiende un plus sobre los mismos basado en a) riesgo de sufrir un perjuicio irreparable, b) o de difícil reparación o c) que de la circunstancia resulte ser que el actor es víctima de un abuso del derecho de defensa por parte de la contraria, siguiendo en esto al modelo brasileño ¹³

Y en esto nos alegramos del decisorio de la Corte Federal por cuanto ya en 1999 seguimos nuestra ruta marcada y "anticipamos" el campo fértil de la tutela anticipatorio en materia de daños y perjuicios derivados por accidentes de tránsito debiendo recordar algunos precedentes básicos en la materia.¹⁴

¹³ Rivas, Adolfo " La Jurisdicción anticipatoria" L.L. boletín del 22/2/96 Actualidad

¹⁴ Carbone Carlos A " Hacia un concepto de las sentencias anticipatorias (los despachos interinos de fondo) y su repercusión en materia de accidentes de tránsito", El Derecho Diario del 16/12/99 Boletín N° 9900

El caso Gómez trató de un accidente en materia de tránsito donde es arrollada una menor en la ciudad de Villa Constitución al intentar cruzar una calle¹⁵, los padres demandantes no tienen medios de subsistencia para afrontar los importantes gastos que demanda su internación, al punto que estaban tramitando declaración de pobreza para litigar sin gastos. por cuanto corría peligro la propia salud de la víctima.

. El caso, dado que la vida de la menor corría peligro, exigía un adelantamiento de la condena, sin perjuicio que la sentencia final se pronuncie en definitiva.

En el caso, corrido traslado de la pretensión anticipatoria como requiere la doctrina, puesto que no está legislada, salvo en la Provincia de la Pampa y San Juan ¹⁶ la cuestión controversial se suscita cuando la actora pretende que tales gastos incluyan los viáticos y los gastos de alimentación de ambos padres a la ciudad de Rosario donde había sido internada la menor, y la aseguradora asume solo los referentes para uno de los padres, resolviendo el juez como tutela anticipatoria que la parte se haga cargo no solo de estos gastos de traslado para uno de los padres urante el lapso de seis meses,

¹⁵ Juzgado de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de Villa Constitución a cargo del Dr. José Luis Sedita, Auto N° 616 del 4/10/2000 in re "Gómez Daniel Rubén y otros c/ Damián E. Maggioni y/u otros s/ Daños y Perjuicios" Expte. N° 283/00

¹⁶ **Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa (1999): Art. 231** " El juez podrá anticipar luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento la suerte de los derechos frustraría 3) Se efectivice contracautela suficiente 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto"... **Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan Artículo 242** " **Tutela anticipada.** Sin que configure prejuzgamiento, el Juez o Tribunal, podrá, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o en la reconvencción, cuando concurren los siguientes extremos: 1) Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta; 2) Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente; 3) Falta de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva; 4) Otorgamiento de contracautela real suficiente, salvo en los casos en que el peticionante se encontrare legalmente exento de darla".

rebus sic stantibus. Todo con el aditamento de imponerse astreinte y en carácter "**en calidad de tutela anticipada**"¹⁷ consagrando a nuestro juicio casi con exclusividad en la jurisprudencia nacional el instituto interinal con un procedimiento propio y llamándolo por su nombre, sin confundirlo con la medida innovativa por ejemplo y analiza el grado de convicción propio sin tampoco mezclarlo con la verosimilitud de las medidas cautelares

Respecto del caso Poveda un padre cuya hija sufre la amputación de sus dos miembros inferiores a raíz de un accidente sufrido al ponerse el tren en marcha, solicita en la demanda y en calidad de tutela anticipada clamando, careciendo de bienes - por cierto por lo cual solicitó el beneficio de litigar sin gastos - que se le pague una suma necesaria para costear los tratamientos tendientes a la confección del muñón de imputación izquierdo y el comienzo de la rehabilitación protésica del derecho para impedir la atrofia muscular, producir el moldeo de los muñones y evitar las rigideces articulares y superada esa etapa, efectuar la rehabilitación de marcha, máxime si el informe médico legista que dictamina en este sentido, agrega que el proceso de rehabilitación depende de la inmediatez en que se comience..

Ante los graves perjuicios sufridos, las secuelas imborrables que impone un inmediato tratamiento de rehabilitación dado que el paso de los años que indefectiblemente demandará el proceso hará imposible una mejora paliativa, y la mecánica del accidente en segunda instancia se otorga este adelantamiento.¹⁸

Como en primera instancia se negó esta medida "innovativa" el Superior tuvo en cuenta que "*La Sala atiende primordialmente a la gravedad del*

¹⁷ Destacamos esta expresión porque no acude a los varios precedentes que otorgan la anticipación pero acudiendo al timorato ropaje de la medida cautelar innovativa, como hizo la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case "Camacho Acosta" que cita el fallo al igual que otros tribunales de Cámara de Apelación, medida cautelar que a nuestro juicio, es notablemente superada en su concepción tradicional para estos menesteres.

¹⁸"Poveda Cesar C/ Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. S/ Medidas Precautorias - CNCIV - SALA C - Bs. Aires, octubre 26 de 2001.

daño que la negativa de la medida podría producir a la menor, sin dejar de apreciar asimismo, que la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley, se demuestran insuficientes o inadecuadas para prevenir el perjuicio, " distinguiendo estos casos de accidentes de cualquier otra pretensión en los que hay desde el comienzo un grado de convicción suficiente, que estuvo dado por el expediente penal donde constaba la mecánica del accidente, la gravedad de las lesiones y los informes médicos legales que reclamaban un pronto tratamiento para que el tiempo no entumezca los miembros amputados. Ordena previa sustanciación en la Alzada y la negativa de la empresa demandada depositar a la empresa prestataria del servicio en el término de cinco días la suma de \$29.500 (pesos veintinueve mil quinientos)

Ante la queja de la demandada que no estaba determinado su responsabilidad puesto que no había sentencia y no podía descartarse la culpa de la víctima se consagro el derecho del peticionario de obtener de inmediato la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento de la cuestión en litigio, "***porque la urgencia es más importante que la certeza***", como ya lo había concebido la doctrina¹⁹

Surge claro entonces que la certeza referida es solo la definitiva, pero que debe y así se hizo hacer un estudio acotado pero exigente, de los requisitos que hacen que un reclamo obtenga en forma inmediata aunque parcial lo reclamado.²⁰

Y como venimos pregonando desde hace tiempo la tutela anticipada es un arma cargada de futuro, que declara esa preeminencia del juzgamiento tempestivo, interinal, sujeto a revisión en la sentencia de mérito, antes que el conocimiento exhaustivo de consuno con posteriores opiniones.²¹

¹⁹ Arazi, Rolan, "Medidas Cautelares" Ed Astrea, Bs. As. 2007 pág. 1

²⁰ Berizonce, Roberto O "Tutela anticipatoria en Argentina" en J.A. boletín del 10/6/98 N° 6093.

²¹ Peyrano Marcos, Vázquez Ferreyra, Roberto " Digesto Práctico La Ley: Medidas Cautelares y Procesos Urgentes" Ed. La Ley, Bs., As. 2001 pag. 673.

3. Despachos interinos de fondo contra compañías aseguradoras

Ambas resoluciones comentadas no tuvieron reparo alguno en referir que se otorgaban "**en calidad de tutela anticipada**". Destacamos esta expresión porque no acude a los varios precedentes que otorgan la anticipación pero acudiendo al timorato ropaje de la medida cautelar innovativa, como hizo la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el leading case "Camacho Acosta" que cita el fallo al igual que otros tribunales de Cámara de Apelación, medida cautelar que a nuestro juicio, es notablemente superada en su concepción tradicional para estos menesteres.

Como muestra del avance interinal en la materia se recuerdan algunos casos cordobeses de tutela anticipatoria en materia de compañías aseguradoras citadas en garantía con la importancia propia ante la calidad procesal de la misma ²² de gran repercusión ²³

Estos precedentes, salvo el caso Poveda y Camacho Acosta cristalizan el anhelo de Peyrano que algún juez se atreva a hacer realidad en baja instancia lo que intergiversalmente, ha sido aceptado en segunda y tercera, *para que el común de la gente comience a convencerse de que los magistrados no son cómplices o coautores (por acción u omisión) de un estado de cosas que a nadie conforma*²⁴

²² Aita Tagle, Fernando "Tutela anticipada a través del art. 484 del Código Procesal Civil y Comercial" LLC T 2005 pag.137 a quien debemos esta excursión mediterranea, postula que estos citados en garantía no solo sean alcanzados con cautelas clásicas como el embargo, sino con *despachos interinos de fondo* (sic). Sobre esta porción especial legitimación de la cita en garantía AITA TAGLE, Jorge, en "Daños y Perjuicios: Sentencia anticipada en contra de la compañía de seguros". LLC, 2002-1263

²³ LLCba., 2002-1218 y en Actualidad Jurídica N° 6, p. 339.

²⁴ Peyrano, Jorge W. "Sumarísimas consideraciones sobre una aplicación práctica de la doctrina aceptada de las sentencias anticipatorias: el caso del reciente apagón eléctrico ocurrido en Buenos Aires," En libro Sentencia Anticipada (despachos interino de fondo) Peyrano (Director) Carbone (Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe, 2000 Pág. 621

Así se ha resuelto que “ en el marco de lo dispuesto por los arts. 230 y 232 del Código Procesal y art. 68 de la ley 24.449, cabe admitir con carácter de tutela anticipada, la medida cautelar solicitada por quien resultó víctima de un accidente de tránsito, consistente en el depósito de una suma de dinero para afrontar los gastos médicos que demanda su recuperación. Es más se le otorgó el tenor de anticipo sin ningún tapujo amparado por la exención prevista en el art. 200, inc. 2º del Código Procesal. ²⁵

Otro fallo en materia de accidentes de tránsito que hemos destacado por hacer punta en el fuero rosarino algo demasiado quieto en materia de accidentes de tránsito ²⁶ a favor del actor que perdió una pierna conduciendo su moto al ser embestido en pleno centro de Rosario por un automotor, ordenando que, bajo la fianza ofrecida a la demandada aseguradora del rodado - no obstante existir dos codemandados subsidiariamente -para que, en el término de veinte (20) días, provea al actor de la pierna ortopédica solicitada o del monto requerido para su adquisición..²⁷ Pero este anticipo no es una medida cautelar - como lo entendió el magistrado – tal un embargo, no innovar, anotación de litis, secuestro, etc que aseguran el resultado práctico de la sentencia: es el agotamiento esencial de buena parte del objeto mediato de la pretensión!

Hay una verdadera identidad en este despacho interino y el contenido de la sentencia futura. Ergo, no es cautelar y sus presupuestos son mucho más exigentes que los requeridos para una medida típicamente cautelar²⁸: una certeza suficiente del derecho del actor; más que

²⁵ Sumario N°14673 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°13/2002).Acosta Haab, Gonzalo c/ Pujol de Einaudi, *Marcela María s/ ART. 250 C.P.C. / incidente civil i C.N.Civil Sala L CF L055802 21/03/00 Portal de la Editorial Zeus, www.editorial-zeus.com.ar, Sección Cámara Nacional en lo Civil , documento n° 001927*

²⁶ Carbone Carlos “El imponente avance de los despachos interinos de fondo o tutela anticipatoria en materia de accidentes de transito” Zeus Boletín del 16 de junio de 200

²⁷ Tribunal colegiado de juicio oral responsabilidad extracontractual N° 1de Rosario. Resolución del Juez de Trámite Bentolila 5284 Fecha 29-12-08 *VIVIAM, Willam Ricardo c. AGF Allianz Group s. Medida Cautelar*”, Expte. Nro. 1133/08. Zeus Boletín del 16 de junio de 2009

²⁸ Peyrano Jorge "Las tutelas de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular" ED T. 163 pag. 786 "Código Procesal Civil y Comercial de Santa FE. Análisis Jurisprudencial y doctrinal". T. II Sec. Introductoria. ED. Juris, Rosario, Mayo de 1997.

un simple peligro en la demora que no es más que el peligro de insolvencia del demandado; es un daño irreparable.²⁹

En otro caso el mismo tribunal que había hecho lugar a la tutela anticipada por un accidente en una ruta a la compañía aseguradora del demandado para proveer al pago de la urgente atención médica de la actora haciendo lugar a su pedido de ampliar dicho anticipo a la concesionaria de la ruta toda vez que ha incumplido los deberes a su cargo, de vigilar la presencia de animales sueltos en la ruta proveyendo a su remoción, así como también informar acerca de tal circunstancia a los usuarios.

Desde otro lugar Vargas³⁰ destaca un fallo en la materia que venimos analizando no sin antes haber sido abordado por la doctrina.³¹ y que nosotros rescatamos como respuesta interinal modalizada ampliando el espectro tejido por la doctrina³² Es dicho caso se hizo lugar a la *tutela anticipada* solicitada y ordenó a los demandados que abonaran en forma mensual al actor la suma de \$ 8000 mensuales, hasta tanto se resuelva en definitiva, bajo apercibimiento de ejecución.-

IV. La tutela anticipada por accidentes del tránsito en la CSJN

Luego de este agotador recorrido es fácil comprender la pujanza del fallo de primera instancia haciendo lugar en el caso Pardo a similares tutelas interinales motivadas por el tránsito que en la especie tiene como víctima a una menor ciclista y la nueva claudicación de la Segunda Instancia tal cual

²⁹ Carbone Caros “Revisión de los presupuestos cautelares y el nuevo concepto de los procesos subcautelares e infra o mini diferenciados” El Derecho 15 de Febrero de 2011 ED T 241

³⁰ Vargas Abraham “Tutela antipada. Perfiles Actuales” en Peyrano (Director) Suplemento Procesal La Lay 2005 (Octubre) pag. 174 LLey

³¹ JA, 1999-III-221, con comentario laudatorio de GHERSI, Carlos A., "Medida Anticipativa: la prevención del agravamiento del daño a la persona" (JA, 1999-III-222/224).

³² Evans, Guillermo Federico “Reparación “modalizada” del daño”, Santa Fe 2001, Editorial Rubinzal Culzoni.

sucedió en Camacho Acosta, no acudiendo el inferior al remanido y arcaico tema se trata de un medida cautelar y por tanto no puede anticipar la pretensión, sino porque advierte que no es una medida cautelar clásica – Pero cuidado, tampoco creemos como discurrimos supra – que si bien no se contenta con una simple verosimilitud no es ajustado referir que el despacho interino requiera una convicción del derecho del actor con una *cuasi certeza o fuerte probabilidad*. Para no nosotros ese grado de conocimiento es la *certeza suficiente* y para las medidas autosatisfactivas la fuerte probabilidad.

La sentencia de primera instancia admitió la medida anticipatoria solicitada pero la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó tal decisión porque consideró que – no sin cierta confusión en los conceptos - a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la peticionada exigía la “*casi certeza*” de que el derecho pretendido existía, es decir, que se configurara una *fuerte probabilidad* de que el reclamo formulado sería finalmente atendido y no una mera verosimilitud del derecho, extremo que entendían los camaristas no se habría conformado en el caso. Veamos

1. Grado de convicción del anticipo y carácter del anticipo

La alzada sostuvo también que con los escasos elementos con que se contaba en ese momento no podía tenerse por configurada la “*casi certeza*” requerida; antes bien, del informe de accidentología vial obrante en la causa penal resultaba que la joven podría no haber sido por completo ajena a la producción del lamentable evento – como sostuvo la demandada en el caso Poveda - por lo que en la mejor de las situaciones para aquella podría atribuirse verosimilitud del derecho pero no tener por acreditado, con el alcance referido, el requisito mencionado, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en el futuro de contarse con mayores elementos de juicio.

Llegado el caso a la Corte lo acoge a pesar de no ser una sentencia definitiva como demanda el art. 14 de la ley 48 por devenir un perjuicio irreparable y desgrana los argumentos del apelante.³³

Para la Corte es no es ajustado salirse del marco conceptual de la teoría cautelar clásica sobre todo en el marco del conocimiento exigido para el anticipo que su ver siendo la *verosimilitud* pesar de los avances de la doctrina y la jurisprudencia en torno al tema que dimos cuenta supra.

Entonces critica que no haya omitido la Cámara como verosimilitud del derecho evaluar la incidencia de la que entiende como imputación objetiva —a título de riesgo creado— formulada en la demanda en los términos del art. 1113, y dicho examen resultaba particularmente exigible dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima para denegar el pago interino que podría haber tenido en la producción del evento no resulta sustento bastante para denegar la procedencia e la tutela requerida, so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación con cita en criterio que la Corte Suprema ha sentado al respecto en el precedente “Camacho Acosta” (Fallos: 320:1633) respecto a la mayor prudencia que se requiere en la apreciación de los recaudos que hacen a su procedencia.

Pensamos que la Corte dejó pasar otra vez la oportunidad de clarificar las cosas distinguiendo lo que es una medida cautelar clásica que demanda verosimilitud en el derecho, una medida autosatisfactiva que necesita de una fuerte probabilidad de atención del derecho reclamado y finalmente lo que reconoce como tutela anticipada que debió consagrar esa certeza suficiente del derecho de fondo, ya que la *cuasi certeza* postulada por los

³³ “..un agravio deinsuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, con menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda la pretensión (Fallos: 319:2358; 320:1633).”

postulantes de la medida asoma confusa, máxime si la identifica con la fuerte probabilidad.³⁴

Al elegir esta comodidad procesal de identificar el anticipo como una medida cautelar al fin - tipo innovativo - para nosotros excede dicho molde : ³⁵ cuando el juez desde la demanda o luego de su contestación afecta el patrimonio del demandado ordenando que empiece el juicio pagando en dinero o de en pago alguna cosa no solo innova sino anticipa interinamente la sentencia de fondo pero con una penetración indudable y por tanto es un verdadero despacho interino de fondo que se aleja del molde cautelar clásico y exige mayores y mejores supuestos de procedencia: certeza suficiente y daño irreparable o de difícil reparación Como todo anticipo interinal se debe exigir la acreditación del perjuicio irreparable que surgiría de esperar la sentencia final – seguramente años después - llamando la atención a la Corte que la Cámara Nacional no viera en el punto la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia-

2. Proceso eficaz y solo como instrumento del derecho de fondo

Celebramos no solo la decisión más allá de los aportes teóricos a su concepción sobre todo porque la Corte la fundamenta y exhorta a los jueces a que despachen *justicia eficaz* en la consideración de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por

³⁴ Carbone Carlos “Procesos urgentes: prohibición de innovar, medida innovativa y sentencia anticipada o despacho interino de fondo: precisiones y recaudos” Zeus T. 95 boletín N° 7512

³⁵ Carbone Carlos “Comparación de la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo” J.A. 2002-III-fascículo n° 11 Lexis Nexis Suplemento especial de “Medida cautelar innovativa” Coordinador Jorge W Peyrano pag. 32

la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts.10, 17 y 25, respectivamente; arg. Fallos: 320:1633, considerando 9°).

Pensamos que ante esa duda que planteaba la Cámara – aún salvado su omisión de tratar la responsabilidad objetiva del art. 1113 del CC) en cuanto al núcleo de la responsabilidad si del conductor o de la menor ciclista debió echar mano de la máxima que ya señalamos al comentar el caso Poveda que acuño la Sala C de esa misma Cámara: a veces la urgencia hace que se posponga la certeza³⁶

Es decir que ajustadamente tiene por acreditado este requisito esencial de la tutela anticipatoria como lo hiciera en el leading casi Camacho Acosta el que lo enmarca en el concepto de una justicia eficaz por el cual solo debe ser un vehículo para asegurar el resultado de la sentencia lo más pronto posible y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía.

Es que no puede dejar de alabarse también este tópico que Peyrano ha delineado magistralmente en un programa operativo para todo juez civil del siglo xxi en el que señalaba entre otros “mandamientos” tener claro la concepción del carácter instrumental del proceso por lo que deberían interpretar el ordenamiento objetivo de manera tal que: a) la verdad material prevalezca sobre la verdad formal, tal como se dispusiera la CSJN en “Colalillo”³⁷ y deberían procurar evitar la pérdida de derechos de fondo

³⁶ Carbone Carlos “ La urgencia es más importante que la certeza” Zeus, boletín del 13-2-02 T. 88

³⁷ CSJN in re Colalillo Fallos 238 pág. 550.

a raíz de la aplicación de normas procesales, pauta interpretativa que se considera propia del Derecho Procesal Civil; ³⁸ destacando nosotros el precedente Ohiler del máximo Tribunal³⁹ -entre muchos otros- donde claramente ilustró que la normativa procesal, obviamente indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tiene como finalidad y objeto ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio ; todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender a la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio.

". Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo "in concreto"; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presenten, lo que exige conjugar los principios anunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia."

³⁸ Peyrano Jorge Walter "El perfil deseable del juez civil del siglo XXI" *Procedimiento Civil y Comercial T I Ed Juris, Rosario 2002 pag 97*

³⁹ CSJN in re "Oilher, Juan C. c. Arenillas, Oscar N.", CS, 23/12/80, en LL 1981-C-67/70.