

Nº de orden:
Libro I – 175

Exp. nº 113.106.-
Juicio: Crespi, Ofelia Josefina c/
Zoppi, Julia y otros s/ Daños y
Perjuicios.

///cedes, 13 de Marzo de 2010.-

Autos y Vistos: Considerando:

I.- Vienen las presentes actuaciones a esta Alzada con el fin de tratar el recurso de apelación impetrado por la accionante contra la providencia dictada el 21/12/09 (fs. 173), mediante la cual se deniega la medida cautelar innovativa peticionada a fs. 169. El apelante expresa los agravios que la resolución apelada le ocasiona a través de la pieza glosada a fs. 177/183.-

II.- La Sra. Juez “a quo” no hizo lugar a la medida cautelar requerida por la accionante por considerar que no habían variado las circunstancias que motivaron el rechazo de un pedido anterior de la misma cautelar (v. fs. 87).-

En su pieza expositora de agravios, quéjase la recurrente expresando -en síntesis- que la “a quo” al desestimar la medida cautelar se remite en sus fundamentos a la anterior resolución desestimatoria, pero –agrega- las actuaciones ahora se encuentran en momentos procesales absolutamente diferentes, a partir de fs. 107/148 existen elementos que no se encontraban en la oportunidad de dictar

el pronunciamiento de fs. 87 y que acreditan ampliamente la probabilidad de que el derecho reclamado existe.-

Finalmente, solicita que se revoque la resolución apelada y en atención a que en estos obrados se encuentran reunidos los recaudos de admisibilidad que viabilizan la medida cautelar peticionada a fs. 169/172, se haga lugar a la misma. Asimismo, reitera su ofrecimiento para prestar caución personal o real.-

III.- Primeramente, es menester recordar que en la cuestión bajo análisis la accionante promovió la presente acción de daños y perjuicios contra la demandada y su aseguradora alegando haber sido embestida por el rodado conducido por aquélla y que a consecuencias del siniestro sufrió la fractura de cuatro costillas y politraumatismos en la rodilla derecha. Además, señala que a consecuencias de la última lesión referida debe soportar una intervención quirúrgica por la cual se le debe sustituir la rodilla por una prótesis.-

Bien, concretamente mediante la medida cautelar innovativa de fs. 169/172, denegada a fs. 173, la apelante solicita que se ordene a la demandada y a su citada en garantía el adelanto provisional de \$ 47.000 a los efectos de

que se le permita afrontar el costo de la intervención narrada, habida cuenta que no puede aguardar para ello hasta el dictado de la sentencia porque su organismo –habiendo transcurrido casi dos años del accidente- ya no tolera los calmantes para paliar los dolores provocados por las lesiones y porque además, dada su edad (83 años), existe un momento cronológico límite en la edad de una persona para someterla a intervenciones quirúrgicas de alto riesgo.-

IV.- Así las cosas, es buen punto de partida señalar que la Constitución Provincial en su art. 15 prescribe que “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.-

En ese lineamiento es dable subrayar que el derecho –de rango constitucional- a una tutela judicial efectiva legitima la aparición y consolidación de tutelas diferenciadas y extraordinarias.-

En similar sentido se ha expresado que “El derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva* ha quedado instalado ahora en el vértice mismo de la escala valorativa constitucional, que asegura de modo expreso la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, párr. tercero ap. 6º, Const. Nac.), en sintonía con los arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22) y con las previsiones de las Cartas provinciales, por caso, la tutela judicial continua y efectiva del art. 15 del texto bonaerense” (Roberto O. Berizonce, “Revista de Dcho. Procesal, “Tutelas Procesales diferenciadas II”, 2009-1, p. 30).-

Es del caso destacar que la Corte Suprema de la Nación se ha expedido en un supuesto de particular similitud al caso bajo análisis (Causa “Camacho Acosta c/Grafo Graf SRL” del 7/8/97, LL, 1997-E-653). Aquél se trataba de un proceso de daños y perjuicios en donde el actor solicitó una medida innovativa, consistente en que se le impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo, que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos.-

En el referido fallo el Máximo Tribunal de la República señaló que en ciertas ocasiones existen

fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era necesario ya que el demandante pretendía, por la vía de la cautelar innovativa, reparar un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada en el art. 5º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

También señaló que dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.-

Asimismo, en la mencionada sentencia se expresó que la admisión de la medida cautelar innovativa configuraba un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que implicaba una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.-

Sentado ello y atendiendo a los puntuales agravios de la accionante cabe precisar, en primer lugar, que las circunstancias que motivaron el rechazo de la cautelar pedida a fs. 49/51 y reiterada a fs. 87 han variado

notablemente desde aquel tiempo a la actualidad y, en principio, en sentido favorable a la petición de la parte actora.-

Previo al análisis de la prueba producida hasta el momento, es dable precisar que si bien los recaudos que hacen a la admisibilidad de las medidas precautorias –es decir, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora- son comunes a la admisión de la medida cautelar innovativa, como señalara la CSJN en el citado fallo, en la última tales recaudos deben ser analizados con mayor prudencia.-

Aclarado ello, vemos que a fs. 6/13 y 16/20 se encuentra anejada la prueba documental mediante la cual la actora intenta justificar la lesión sufrida a causa del siniestro denunciado; a dicha prueba se le anexa la producción de la prueba testimonial y confesional, como así también las constancias de la causa penal (IPP: 09-00-258380-08).-

El testimonio del Sr. Piñero (fs. 130/31) debidamente conjugado con las declaraciones de los restantes testigos (fs. 128/129, 132/137) con más la prueba confesional en donde absuelve posiciones la demandada (fs. 145/146) y la hasta ahora orfandad probatoria de la parte

demandada dan cuenta, “prima facie”, de la verosimilitud del derecho invocado por la actora.-

La apariencia de derecho también se encuentra justificada con la presunción legal que emana del art. 1113 del Código Civil.-

V.- A lo expuesto cabe adunar que también es presupuesto de la medida cautelar innovativa la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.-

En el caso de autos la accionante ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible; en primer lugar, porque no será posible la operación, dada la edad de la apelante, y en segundo lugar, la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte será muy dificultosa. Asimismo, la permanencia en su situación actual –hasta el momento en que concluya el proceso- le causa un menoscabo evidente, que le impide desarrollar su vida social y de relación cotidiana.-

Teniendo en cuenta la edad de la accionante y que el tiempo total de un proceso de esta índole hasta el

cumplimiento de las sentencia oscila en los 4 años - en el mejor de los casos -, es fácil concluir que la reparación llegaría en forma tardía.

Una reparación que llega demasiado tarde, vuelve inservible todo el proceso del que se vale, aún con una sentencia altamente satisfactoria para la demandante.-

Además, resulta preferible el exceso en acordarla que la estrictez o parquedad en negarla dado que existe, en el caso, menor perjuicio en otorgarla que en no hacerlo, máxime que la actora ha ofrecido contracautela.-

En fin, salvaguardar aquellos derechos de tutela preferente que no deben naufragar en su tránsito por el proceso jurisdiccional configura una justicia que asegura el reconocimiento de los derechos, pero además, su operatividad en concreto, que no pueda frustrarse por llegar demasiado tarde.-

Además, en el caso existen fuertes razones basadas en argumentos que se relacionan en forma directa con derechos fundamentales (a la vida, a la salud), que justifican flexibilizar instituciones del proceso, en tanto no se vulnere la garantía de defensa.-

VI.- En tales condiciones, y sin perjuicio de señalar que lo expresado no importa una decisión definitiva sobre la procedencia de la pretensión concreta de la actora, corresponde declarar procedente el recurso de apelación deducido a fs. 176 con las salvedades que “infra” se señalan:

1º) Previo a determinar el monto que la demandada y la citada en garantía deberán adelantar provisionalmente, deberá correrse vista de los presentes al perito médico de la Asesoría Pericial Departamental a fin de que estime el costo promedio que implica la intervención quirúrgica a la que debe someterse la actora y todos los gastos que aquélla acarrea, incluso la rehabilitación postoperatoria.-

2º) Asimismo, la parte actora deberá prestar caución real por el monto que se determine finalmente como adelanto provisional, la que se materializará trabando embargo sobre el inmueble ofrecido por la accionante(v. fs. 171 vta. y fs. 182 2º párr.), acreditando previamente su titularidad.-

POR ELLO, y demás fundamentos legales expuesto, **SE RESUELVE:** 1º) Revocar el pronunciamiento de fs. 173; 2º) Correr vista por el término de tres días al perito médico de la Asesoría Pericial Dptal.

a fin de cumplimentar lo señalado en el apartado VI-1), y con el informe pertinente vuelvan los autos a despacho para resolver la extensión de la cautelar y la contracautela . **NOT.-**

Firman: Dr. Emilio A. Ibarlucía – Dr. Roberto P. Sanchez

Ante mi, Gabriela A. Rossello - secretaria