

EJECUCION POR ENTRONIZACIÓN Y ESTABILIZACIÓN DE LA TUTELA ANTICIPATORIA DE URGENCIA Y EVIDENCIA

Carlos Alberto Carbone

Sumario: 1. La urgencia y evidencia 2. La doctrina nacional e internacional en torno a la evidencia 3. Juzgamientos anticipados (no interinales) reflejan la evidencia 4 Consolidación de la evidencia con anticipo de la sentencia de mérito y de las medidas autosatisfactivas. 5. *Entronización* de la tutela anticipatoria urgente o evidente. El problema de la caducidad del proceso y la sobrevida del despacho interino. 6 *Estabilización* del anticipo ante su preclusión.

I. La urgencia y evidencia

A pesar que la tutela urgente engloba a la anticipatoria y del axioma que todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar,¹ hay excepciones en que la tutela anticipatoria y autosatisfactiva no abarcan solo lo urgente sino también lo evidente.²

Nos complace en recordar que fuimos uno de los primeros autores nacionales es vislumbrar dos componentes básicos del instituto: a) el *descubrimiento* en Argentina del *viejo* principio chiovendano que la duración del proceso no puede ir en contra del actor que tiene razón y b) que no solo la urgencia, sino también la evidencia puede dar andamiaje a la tutela interinal y también autosatisfactiva.³

¹ Peyrano, J. "Lo urgente y lo cautelar" J.A. T. 1995-I pag. 899

² Carbone Carlos "Reconstrucción de la teoría General de la Tutela Anticipatoria y de los procesos urgentes" en Libro de Ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Talleres Flamini, Setiembre de 1999 pag. 179 citado por Peyrano Marcos, Vazquez Ferreyra, Roberto "Digesto Práctico La Ley: Medidas Cautelares y Procesos Urgentes" Ed. La Ley, Bs., As. 2001 pag 660. Borgatello Andrea Verónica "En busca de un criterio que permita fijar límite entre la sentencia anticipatoria y la medida cautelar innovativa" en Zeus T. 86 boletín 6678 del 15/5/2001 García Laura Y GLikstein Sylvina " Los procesos urgentes, medidas autosatisfactivas y sentencias anticipatorias, en Zeus T. 84 boletín del 12/12/00.

³ Carbone Carlos A "Los despachos interinos de Fondo" (sentencias anticipatorias): un hueco en la legislación procesal argentina que debe ser llenado" en Zeus boletín del 15/09/98. "La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes" en Carbone Carlos A "Sentencia Anticipada" (Peyrano Director Carbone Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 2000 pag. 55, y 138 y sgtes. Véase también Carbone Carlos "La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada" en L.L. del 15/3/00 citado por MARINONI,

A nuestro juicio, Rambaldo fue el precursor del concepto de evidencia para el despacho de las medidas autosatisfactivas a partir de mirar los diversos ritos de forma y de fondo que consagran el derecho del socio a examinar los libros sociales en un procedimiento rápido y sumario (vgr. art. 781 CPCN, Art. 669 del CPCSF, etc.)

El autor antes citado bien analizó que no se exige para nada la urgencia sino la evidencia del derecho del socio, claramente demostrable con el acompañamiento del contrato respectivo y a lo sumo un informe registral de la subsistencia del mismo.⁴

No es novedad para nosotros⁵ que en el despacho interinal la problemática de la procedencia anticipatoria basada en construcciones legisladas tales como la "*posición sustancial*" del actor acuñada en el derecho contencioso administrativo santafesino, "*el abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado*" del código brasileño o "*la firmeza del fundamento de la demanda*" receptada en el código peruano, al igual que diversos supuestos de la "*no seria contestabilidad de la obligación*" del derecho francés, en buen romance dicen a las claras que **no necesitan a la urgencia**; si de la certeza suficiente al exigir estos ordenamientos pruebas idóneas o inequívocas, es decir, la evidencia.

De esto da muestra la norma brasileña al establecer la procedencia de la anticipación de la tutela cuando el actor resulte víctima de un abuso de derecho por la parte contraria como refiere expresamente el código Procesal Civil de Brasil en su art. 273: "Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación o II. Quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado..."

En cuanto a la exigencia del código brasileño que haya *pruebas inequívocas*, debe aclararse que la "equivocidad" sólo puede referirse a la certeza suficiente ⁶ la que

Luiz Guilherme *La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso* Traducción del portugués al castellano: Abraham Luis Vargas Nota N° 18 en publicación en Revista de Derecho Procesal N° 7 (2001 - 2) Ed. Rubinzal y Culzoni, pág. 570 nota 16 Baracat, Edgar J. "*Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro*" Disertación en el Ateneo de Estudios del proceso civil de Rosario 2000 pag 22

Sedita, José Luis "Tutela anticipatoria en general y en el derecho laboral"

Libro Sentencia Anticipada (Peyrano, Director; Carbone Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 2000 pag. 704 y 705.- GARCÍA LAURA Y GLIKSTEIN Sylvina " Los procesos urgentes, medidas autosatisfactivas y sentencias anticipatorias, en Zeus T. 84 boletín del 12/12/00.

⁴ Rambaldo, Juan Alberto " La petición autosatisfactiva.." en libro *Medidas Autosatisfactivas* (Peyrano-Director) Ed Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 2008 1ed 1 reimpr. pag. 371

⁵ Carbone Carlos A "Sentencia Anticipada" (Peyrano Director Carbone Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 2000 pag. 78 y sgtes.

⁶ Peyrano Jorge, " Las tutelas de urgencias en general y la tutela anticipatoria en particular" ED. T 163 pag 786; "C.P.C.C.S.F" Análisis Jurisprudencial y doctrinal T. II Secc. Introductoria pag. VI Ed. Juris,

puede surgir del mérito de la situación concreta que haga el juez en base a las pruebas aportadas pero no de ellas mismas.

Es decir, que cuando se advierta la manifiesta ilicitud en el obrar del demandado, puede acudirse a la tutela anticipatoria sin que sea necesario como condición esencial la acreditación de la urgencia.

El código procesal peruano es elocuente:

Código Procesal Civil de Perú "Sub Capítulo 2°. Medidas temporales sobre el fondo. Art. 674. Medida temporal sobre el fondo. "Excepcionalmente por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta"

Destacamos la norma peruana que habla además de la *necesidad impostergable del que la pide, " la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada"*. .. en una depurada frase que para nosotros es la que más se acerca al concepto de certeza suficiente y da pie para sostener que la urgencia ante un inminente daño e irreparable no sea la única base del reclamo anticipatorio no cautelar.

Debemos referirnos también al art. 231 del Código Procesal de la Pampa:

Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa: 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"

Rosario, Mayo de 1997: nos da la razón al punto que tilda de "frase desafortunada" a la expresión *pruebas inequívocas*

Destacamos cuando la ley pampeana al plasmar la tutela anticipatoria habla del requisito de "*una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría*". Ello no significa admitir que contraría nuestra tesis puesto que la norma puede dar un perfil distinto al doctrinal. Pero si analizamos el texto, el mismo puede albergar situaciones que aquí referimos como no coetáneas con la urgencia (piénsese que los supuestos analizados en este tema encajan en el concepto de frustrar la suerte de los derechos).

La cuestión también pasará por el sentido que se le de al concepto de urgencia.

Como bien se ha señalado el art. 14 de ley 11330 sancionada el 30/11/95 y promulgada el 26/12/95, con publicación en el B.O el 29/01/96 que reglamenta el recurso contencioso-administrativo previsto en el art. 93 inc. 2) de la Constitución de Santa Fe pone medidas no solo conservatorias sino anticipatorias de la satisfacción del derecho con apoyo en los procedimientos de référé francés al establecer que *en los casos en que este recurso aparezca fundado de tal modo que en principio pueda considerarse como jurídicamente aceptable la **posición sustancial del recurrente y de modo justificado y razonable** y que exista peligro por la demora del proceso, el tribunal podrá adoptar, ponderando debidamente los intereses en juego en el caso concreto, medidas urgentes que sean idóneas o necesarias y posibles jurídicamente para asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva*⁷

Aquí se observa con claridad que además del peligro en la demora en la desaparición de efectos que aseguren el resultado práctico de la sentencia que referíamos, la ley tiene en cuenta la atendibilidad de la **posición sustancial del actor y su probabilidad de reconocimiento en la sentencia de mérito**.

Claro que no es una idea nueva en la tutela anticipatoria, aunque como pasa en estos temas, ha sido ignorada por la mayoría de la doctrina nacional y gran parte de la internacional.

En apoyo de esto, no podemos dejar de citar entre los varios medios calificados por Micheli como de acción preventiva en el derecho comparado a la action en prevention donde se destacan las providencias provisionales y urgentes a través de la "jurisdiction des référés" que presenta diversas variantes (aparte de otros, sobre todo desde el perfil del derecho administrativo): el referé clásico que se otorga para situaciones de urgencia y *ante la inconsistencia de la respuesta de la parte demandada;*

⁷ Terrasa Eduardo "Poder cautelar genérico y tutela anticipatoria en el nuevo proceso administrativo" "Medidas Autosatisfactivas" op. cit. pag. 121 nota 3.

referés de remise en état para reintegración a funciones o restitución de bienes y finalmente las ya famosas entre nosotros referé provision: "autorizan el cumplimiento de las obligaciones hasta el monto en el que aparezcan indiscutibles, **cuando no haya dudas serias acerca de la exigibilidad y sin que sea necesaria la existencia de urgencia**"⁸

Nuestra tesis concuerda con dicha observación y es confirmada en parte por la doctrina nacional cuando se pregunta referido al caso Camacho Acosta de la Corte Suprema de la Nación - paradigmática en materia interinal de fondo- si en lugar de la mutilación del obrero el daño lo hubiese sufrido un transeúnte de mediana y aún holgada situación económica y que no afecte la capacidad laborativa si el deudor aparece claro en su rol. ¿Es justo que se haga jugar en su contra el tiempo de duración del proceso, "privándole en tanto del derecho a quien aparece como teniendo razón" siempre y cuando medie lo que denomina "cuasi certeza" ?⁹ o certeza suficiente para nosotros.

En cuanto a los **referé provision** vieron la luz en la reforma francesa de 1973 y con la importante modificación de 1981 conformando una medida anticipatoria que puede ser concedida en cualquier momento del proceso o anterior al mismo con un campo amplio de acción: civil, comercial o laboral; el propio Carpi revela que en este instituto galo, **la urgencia no es una condición específica**, sino muchas veces *la no seria contestabilidad de la obligación*, aunque cree que sin embargo, no hay duda que *entra en la ratio legislativa del instituto previsto como figura general con amplia facultad discrecional de valoración*¹⁰

En este tono no está demás referir que no hace mucho tiempo la Corte Constitucional Italiana en el fallo N° 190 del 28/6/85 declaró la inconstitucionalidad de la limitación de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo que solo legislaba la suspensión del acto administrativo impugnado y por lo cual la Corte fue más allá de lo dispuesto por el juez competente en ese fuero, resolución en la se vio no solo la tutela de urgencia cautelar clásica.

⁸ Micheli Gian Antonio "Derecho Procesal Civil" T. IV pag. 391 Ed. Ejea, Bs. As. 1970 donde se hace un exhaustivo análisis al respecto del derecho europeo-

⁹ Rivas, Adolfo Rivas, Adolfo "La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional" L.L. Actualidad, diario del 22/2/96 pag. 1. "La Revolución procesal" en Revista de Derecho Procesal N° 1 Medidas Cautelares, Ed Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe 1998 Pags. 141 y 142

¹⁰ Carpi, Federico. "La Tutela D'urgenza fra cautela, <sentenza anticipata> e giudizio di merito" en el Libro "La Tutela d'urgenza". Ed. Maglioli, Rimini, 1985, pag 42

Esto además se infiere del comentario que del fallo italiano hace García de Enterría,¹¹ quien si bien tiene una postura diríamos tibia respecto de las nuevas denominaciones no cautelares - en cuanto siempre rotula con la etiqueta clásica de medida cautelar a las que a veces significan autosatisfactivas o anticipatorias - reconoce que en el derecho italiano utilizan " con normalidad medidas cautelares positivas o sustitutorias en el caso de actos denegatorios" incluso con citas de Calamandrei.

En esto se patentiza la observación de Arazi y Kaminker quienes dan cuenta que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1997 al instituir las características de las medidas cautelares establece que las mismas no deberán consistir en lo mismo o más que lo obtendría el actor con la ejecución de la sentencia que pretenda (arts. 725 inc. 3^a) entendiendo que así se proscriben las medidas de anticipación e innovativas " ¹²

2. La doctrina nacional e internacional en torno a la evidencia

Hace casi quince años poníamos un ejemplo de la evidencia como andén del despacho favorable del despacho interino inspirado en varios casos concretos ocurridos en Rosario: un automovilista que ante la curva de una avenida sigue de largo y en plena madrugada se incrusta en la casa de un vecino en plena madrugada y mientras dormían sus dueños. No hubo ni choque ni roce en el rodado a quien pudiera descargar descargar la culpa el conductor. Es lógico que su morador espere varios años para ser resarcido si desde el vamos surge clara la responsabilidad del conductor?¹³

Luego en nuestros cursos de posgrado seleccionamos varios casos de la realidad de parecido tinte: el de una locomotora que se descarrila en plena vía férrea que atraviesa la ciudad irrumpiendo en la línea de edificación y destruyendo una casa lindera; el de una avioneta que pierde altura y abruptamente se incrusta de punta en el techo del dormitorio que su dueño que placidamente dormía la siesta despertándose aterrado y ver

¹¹ "Las Batallas por las medidas cautelares" pasim 205/207. Ed. Civitas 2da. Ed. Ampliada Madrid 1995. Pag. 121 nota 3.

¹² Arazi, Roland y Kaminker, Mario " Algunas Reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata." en Medidas Autosatisfactivas op. cit. pag. 50)

¹³ Carbone Carlos Alberto "Los despachos interinos de Fondo" (sentencias anticipatorias): un hueco en la legislación procesal argentina que debe ser llenado" en Zeus boletín del 15/09/98

que la nariz de la avioneta se detiene a metros de su cara; cuando no se reponía del susto, más se sobresalta al ver que de la misma descendían dos siluetas que luego comprueba que eran los aviadores.

Nos preguntamos: si no hubiera daño irreparable en la medida de lo urgente dado la pérdida de la casa y o el riesgo de derrumbe ¿es justo la mortal espera de la sentencia final ante la evidencia del derecho de los futuros actores?

No otra que la respuesta negativa se impone.

Hace tiempo entonces sosteníamos que no siempre por el carácter de urgencia que invoque el actor procederá el anticipo, sino que puede haber otros extremos como la “posición sustancial del actor”, desligada de la urgencia, que haga favorable el planteo anticipatorio.

Así proponíamos que debían motorizarse pagos interinos: la firmeza del fundamento de la demanda, *ante la inconsistencia de la respuesta de la parte demandada; aceptable la posición sustancial del recurrente y de modo justificado y razonable;* abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado..." abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado..." y otras alocuciones de las normas recordadas en el punto anterior son cauce y fuente suficiente para acoger el planteo del derecho evidente como tutela interinal.

Es más, titulamos que *la urgencia no es condición esencial del proceso anticipatorio ni del concepto de daño irreparable.*

Ya veíamos casi en soledad a la evidencia como nueva estrella de la tutela anticipatoria.

14

Recordamos incluso haber presentado en las “Jornadas sobre la reforma del Código Procesal Civil de la provincia de Santa Fe” organizadas por el Colegio de Abogados de Rosario durante los días 20 y 21 Junio de 2002, una ponencia titulada “Necesidad de legislar los procesos cualificados por la urgencia o la *evidencia*” que incluía dos textos modelos de reforma al Código Procesal Civil de Santa Fe , uno para la inclusión de la medida autosatisfactiva y otro para la tutela anticipatorio que el lector podrá consultar

¹⁴ Carbone Carlos “La urgencia no es condición esencial del proceso anticipatorio ni del concepto de daño irreparable en SENTENCIA ANTICIPADA” (despachos interinos de fondo) Jorge Peyrano (Director) Carlos Carbone (Coordinador) Ed. Rubinzal y Culzoni, Sta. Fe, Junio de 2000. pag. 96, 138, etc. “Los procesos urgentes o diferenciados por la urgencia y la evidencia ante la necesaria discrecionalidad y la revalorización de la Primera Instancia” boletín Zeus N° 10701 el 05/05/2008

su texto integral en el Capítulo XXIV, lo que causó una cierta alarma en el sector garantista presente en dicho evento.

Así propusimos incluir un artículo con lo siguiente - se transcribe y marca en negrita-cursiva en lo pertinente de nuestro tema - :

*“Despacho interino de fondo ART. 21 TER.... 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 se frustraría **o una manifiesta evidencia de su razón cuando la oposición es poco seria o cuando se efectúe con un fin solo dilatorio ..”***

3. Juzgamientos anticipados (no interinales) refejan la evidencia

Los juzgamientos anticipados sudamericanos de los que dimos cuenta hace tiempo y que nada tienen que ver con los despachos interinos de fondo - ya que éstos anticipan la sentencia merito - por cuanto aquellos lo que hacen es adelantar el propio dictado de la sentencia de mérito en una etapa anterior pero poniendo fin al pleito, también dan cuenta de la evidencia.¹⁵

Así son captaciones de la tutela evidente los **Juzgamientos anticipados del art. 200 del CPC Uruguay, 519 CPC Perú y 330 CPC Brasil**, hoy también reconocidos por Peyrano y joven doctrina como supuestos de evidencia¹⁶

A riesgo de ser reiterativos insistimos en algunos porque surgen claros supuestos de evidencia en estos juzgamientos anticipados.

El juzgamiento anticipado uruguayo trae supuestos de evidencia cuando faculta en el artículo 519 del Código General del Proceso a *la Suprema Corte resolver la cuestión, acreditados que fueren los siguientes extremos: 1) si el petitorio hubiere sido formulado con la notoria finalidad de retardar o dilatar innecesariamente la secuela principal, sobre el fondo del asunto; 2) si hubiera habido jurisprudencia en el caso planteado y se declarare, por ese órgano judicial, que mantendrá su anterior criterio”*

¹⁵ Carbone Carlos Alberto “Los juzgamientos anticipados del MERCOSUR” *Sentencia Anticipada (Despachos interinos de fondo” Peyrano (Director) Carbone (Coordinador) Ed Rubinzal y Culozoni, Santa Fe 2000 pag. 82*

¹⁶ Peyrano Jorge “ La tutela de evidencia” Lexis Nexos N° 0003/015343 16/3/2011.. Domínguez María Cecilia “ Procedencia y justificación constitucional y normativa de las medidas autosatisfactivas. las dimensiones de su posible extensión: urgencia, daño y derecho patente o evidente” Revista jurisprudencia santafesina n°: 97 pág 79

Como muestra de la eficacia del instituto evidente también lo acoge para el recurso de apelación en el art. 200 y 200.2 del Código General del Proceso Uruguayo de 1988 llamado <decisión anticipada> facultando a la Cámara de Apelaciones y *cuando se trate de sentencias de segunda instancia, también podrán dictar decisión anticipada los tribunales unipersonales* fallar en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos *de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el tribunal; 2) si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla, 3) si hubiere manifiestas razones de urgencia; 4) si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso.*

Pero estos juzgamientos anticipados son solo un ejemplo legal consagrador de la evidencia pero no limitativos a su despacho, sino que aún en defecto de previsión concreta casos como los antes ejemplificados pueden dar lugar al despacho interinal por evidencia

Quiere decir que el tema de la evidencia como anticipo de la sentencia mientras se sustancia el proceso o simplemente el adelantamiento del dictado de la propia sentencia de mérito con la finiquitación consiguiente del proceso no nos puede sorprender y esta breve excursión del derecho comparado debe alentar su aplicación analógica cuando se pueda, esperando la consagración legal de ambos institutos en aras de lograr el fortalecimiento del sistema jurisdiccional argentino, al permitir el avance en el reconocimiento de una potestad para tutelar los derechos en forma efectiva y rápida. Por eso es loable la incorporación de una norma que permita a los jueces decretar aquellas medidas que aseguren una tutela adecuada a las exigencias de cada caso.

La doctrina correntina ¹⁷ también se ha recostado actualmente en el supuesto de la evidencia que venimos tratando; surcando nuestras aguas propone como supuestos de evidencia la *jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida y la existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos. La tesis de la obligatoriedad de los fallos de la Corte para supuestos similares se refuerza en el máximo ámbito judicial respecto de los fallos de la Corte, cuando se destaca que sus precedentes han sido ignorados en la sentencia apelada no obstante que*

¹⁷ Esperanza Silvia “El tiempo en el proceso: Tutela Anticipada de evidencia” La Ley DJ 29/02/2012, 1

“ fueron dictados en fechas recientes y las cuestiones decididas en ellos son en punto a las garantías constitucionales de que se trata rigurosamente iguales a las planteadas en este juicio.”¹⁸

4 Consolidación de la evidencia con anticipo de la sentencia de mérito y también de las medidas autosatisfactivas.

Desde siempre postulamos que también la evidencia puede fundar una pretensión autosatisfactiva en un proceso autónomo¹⁹

Como vimos Peyrano nos acompaña actualmente en esta idea quien derechamente postula la tutela anticipada – no la autosatisfactiva - de evidencia donde -concurriendo un *fumus boni iuris* acentuado representado por la circunstancia de que el caso se encuentre incurrido en algunos de los supuestos tasados al efecto (por ejemplo, existencia de jurisprudencia obligatoria en la materia que define la litis), se dé la posibilidad de que la sustancia de lo anticipado admita su repetición y que la prestación de contracautela sea idónea- pueda la demandante reunirse anticipadamente con todo o parte de lo reclamado . Nos dice que se trata de una tutela anticipada que mira al requirente pero no para darle respuesta a una urgencia, sino para anticiparle lo que pretende con visos de extremada y objetiva (porque ha sido previamente tasada) verosimilitud y cuya satisfacción postergan inicuaamente los tiempos normales de tramitación de los procesos²⁰ sin dejar de reconocer que fuimos los precursores de la doctrina argentina en postular a la evidencia como factor de la tutela anticipatoria que tiempo después fue recogida por Peyrano.²¹

El Anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil de Brasil, con media sanción legislativa en el art 285 l. las regula. Se encuentra presente el factor “evidencia” entendida como una fortísima verosimilitud del fundamento de la pretensión contenida en la demanda, superior inclusive a la que se reclama en el caso de tutela anticipada de urgencia; al ver de Peyrano esta tutela es idónea para legitimar del dictado de una sentencia de manera provisoria que satisface total o parcialmente lo pretendido por la

¹⁸ CSJN in re “ Santin, Jacinto c. Impuestos internos”

¹⁹ Carbone Carlos A “ La tutela procesal diferenciada... op cit. “Tutela diferencial poscautelar” Ed Nova Tesis Rosario 2012 pag. 106, 153

²⁰ PEYRANO, Jorge W., “La tutela anticipada de evidencia”, en La Ley 2011 C ,pág. 679

²¹ Peyrano Jorge “El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor "evidencia" LA LEY 16/03/2011 , 1 y LA LEY T 2011-B pag 773

actora o reconviniente; quedando lo percibido sujeto a eventuales repeticiones si es que la sentencia final resultara adversa al beneficiario de la tutela anticipada de evidencia.²²

La doctrina contemporánea de Brasil tiene por cierto que si bien antes la técnica anticipatoria estuvo ligada solamente a la urgencia, hoy puede tener lugar para otorgar de esa forma sumaria los derechos evidentes en el proceso civil, con lo cual se redimensiona el papel más profundo de la técnica anticipatoria que es la distribución isonómica de la carga del tiempo entre las partes que en el anticipo deja de sufrirla el actor y se la traslada al demandado.²³

Y se propone que en pos de disipar las dudas respecto de una técnica anticipatoria fundada en la evidencia el legislador procesal utilice expresiones adecuadas para describir su soporte fáctico del modo de los *referees provision* franceses del art. 809 cuando fundan el anticipo en la demostración de *la existencia de una obligación no seriamente contestable* como nosotros ya lo postulamos en el año 2000²⁴ recordando que el rito brasil utiliza para dar luz al anticipo por evidencia y no de urgencia las expresiones de *abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado* del art. 273 inc. II del CPCBr²⁵ ampliamente difundido entre nosotros por Marinoni²⁶

5. Entronización de la tutela anticipatoria urgente o evidente. El problema de la caducidad del proceso y la sobrevida del despacho interino.

Si el despacho interino otorga todo (desalojo interinal) o parte del reclamo demandado, la carga del tiempo juega ahora en contra del demandado y lo más probable es que el proceso se extinga por algún acuerdo procesal o simplemente por caducidad.

Sería descabellado tratar al despacho interinal (se otorgó al actor un brazo o pierna ortopédica) o la medida innovativa (el alumno expulsado logró su ingreso mientras se sustancia el proceso en contra de la escuela) como una simple medida cautelar pretendiendo que por obra de la caducidad del proceso y la consiguiente extinción del proceso también se cancele.

²² Peyrano, op cit nota 131. Peyrano, Jorge W “La tutela de evidencia” 16/3/2011 Abeledo Perrot

²³ Mitidiero, Daniel “Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria” en *Revista de Derecho Procesal* N° 2012 -1 Ed Rubinza y Culzoni, Sta. Fe 2012 pag. 542

²⁴ Carbone Carlos “Los despachos interinos de fondo..” en libro *Sentencia Anticipada* Peyrano (Director) Carbone (Coordinador) op cit.

²⁵ Mitidiero, op cit pag. 532

²⁶ Marinoni, Luis Guilherme “Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva” Ed. Palestra, Lima 2007 pag. 232

Cierto es que si hay una medida cautelar como consecuencia de la caducidad declarada se levanta por su rasgo incidental y dependiente del principal.

Pero más cierto es que al no ser cautelares clásicas los procedimientos anticipatorios referidos no pueden correr la misma suerte como lo postulamos hace mucho tiempo.²⁷

Se produce una suerte de *entronización* de lo otorgado interinalmente y aún la caducidad, lo dado o lo pagado, quedará dentro del patrimonio del actor.

Cuando hablamos de *entronizar* el anticipo lo hacemos de modo gráfico para darle un realce por el cual el despacho interino pese al proceso caduco adquiere autoridad propia y autónoma, en una suerte de *engrandecimiento, exaltación* con relación a lo que sucede en el mismo supuesto con un simple embargo por ejemplo.

De ahí en más queda encaramado en el patrimonio del actor, incluso su fuente es el propio proceso –caduco- aunque parezca contradictorio si lo vemos desde el ángulo de la tutela cautelar clásico y no nos dejamos llevar por los nuevos principios de lo que llamamos *tutela diferencial poscautelar*.²⁸

Es una suerte de implantación o instalación del despacho interino que no corre la suerte del proceso principal caducado.

La explicación de esta perduración del anticipo interinal más allá del extinto anormal proceso fue justificada a partir de una valiosa interpretación del efecto de la caducidad del proceso posterior a la sentencia definitiva dándole fuerza de cosa juzgada a la sentencia antes recurrida como norma el art. 326 del CPC de Sta. Fe o el art. 318 del CPCN.

Esta aplicación analógica obedece que el despacho interino de algún modo consumió el objeto del proceso y no tiene sentido dejarlo sin efecto; que la caducidad no se produce por una mera falta de impulso de las partes sino por una falta de interés material en continuarlo al tener ahora a su cargo *la carga* del tiempo,²⁹ no teniendo sentido económico volver todo hacia atrás por cuanto el objeto mediato de la pretensión se otorgó por causa de un estado de certeza suficiente ante una situación de urgencia o evidencia, la que será nuevamente demostrada en el nuevo proceso; urgencia o

²⁷ Carbone, “Los despachos interinos.. libro Sentencia Anticipada, op cit pag. 75

²⁸ ²⁸ Carbone Carlos A “Tutela diferencial poscautelar” Ed Nova Tesis Rosario 2012

²⁹ 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 pags 564, 565, y 569

evidencia que consagra el derecho humano del actor a la *satisfacción inmediata de su pretensión*.³⁰

No hay duda que esta protección es diferenciada porque necesita un marco distinto al normal proceso de conocimiento sobre todo el ordinario: está imbricado en la existencia de una **necesidad determinada y particular** que a nuestro juicio lo marca la pretensión respectiva, y en cuando la vía idónea para hacerla valer –entre otros- enhebra especiales procesos o procedimientos como las medidas interinales o anticipatorias, autosatisfactivas, los procesos mini diferenciados, basados en la urgencia y/o la evidencia del derecho esgrimido en la demanda: estas pretensiones diferenciadas de las comunes, no pueden esperar para su actuación el largo camino que termina en la sentencia.

Rankin y Pechinenada que comulgaron en nuestros postulados agregan que el propio principio de la seguridad jurídica quedaría conculcado ante la grave urgencia que motivó el despacho interinal y más aún en supuestos de evidencia ante el abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado no sirviendo el nuevo proceso a la efectiva realización del derecho del derecho. Agregan que todo este pensar que se desecha contraría el principio básico que la duración del proceso no debe ir en contra del actor que tuvo razón.³¹

Es que en verdad la tutela anticipatoria se produce cuando se hace un clearing de presupuestos entre la necesidad concreta del actor la que se estima cualitativamente más relevante que el mero derecho de defensa del demandado y más aún, que su derecho material expuesto en las instancias preliminares del proceso.

No es nada más que la aplicación del principio de constitucional de proporcionalidad que consiste en la afectación de derechos de una parte – en este caso del demandado-

³⁰ Carbone Carlos “La protección procesal inmediata como tutela diferenciada por pretensiones urgentes y evidentes” Ponencia presentada en el “XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal”. Bs. As.2009

³¹ Rankin, Silvia y Pechinenda, M.Gabriela “Cosa Juzgada y efectos de la caducidad del proceso en las sentencias anticipatorias” en Libro Sentencia Anticipada, op cit pags. 341/343

relacionado con el acogimiento de una necesidad apremiante del actor mucho más robusta que tal grado de intervención en su patrimonio.

Como lo hemos dicho ³² de cara a lo que venimos postulando el nuevo art. 186 quater del CPC Italiano, que se introduce en el código italiano mediante el art. 7 del decreto ley N° 432 del 18/10/95 - convalidado con modificación por ley N° 534 del 20/12/95 mediante el dictado de una ordenanza procesal seguida a la clausura de la instrucción del proceso civil- genera una verdadera revolución procesal civil.

Reza la norma que se clausura lo actuado “agotada la instrucción, el juez instructor, a instancia de la parte que propuso la demanda de condena al pago de una suma, o bien a la entrega o liberación de un bien, puede disponer una ordenanza de cumplimiento, de la entrega o liberación, en los límites por el cual se ha colectado la prueba. La ordenanza es título ejecutivo. Esta es revocable con la sentencia que finaliza el juicio.

Si después de pronunciada la ordenanza el proceso se extingue, la ordenanza adquiere la eficacia de la sentencia impugnabile sobre el objeto de lo instado.

La parte intimada puede declarar que renuncia al pronunciamiento de la sentencia, notificando a la otra parte en Secretaría. Desde la fecha de la notificación, la ordenanza adquiere la eficacia de la sentencia impugnabile sobre el objeto de lo instado."

Como vemos el juez instructor civil ordena un pago anticipado mediante una ordenanza que constituye título ejecutivo revocable únicamente con la sentencia definitiva del juicio y encierra por otra parte un escalón más en la entidad de la anticipación al punto de haber sido referida por la locuaz e imaginativa doctrina italiana como una "varita mágica" o como "una ganzúa", por la cual a raíz de la ordenanza en la clausura de la instrucción el juez tiene un conocimiento completo de la prueba. ³³

Esta norma a su vez, dado el carácter ejecutivo, regula que si después de dictada la ordenanza el proceso se extingue, la misma adquiere la "efficacia della sentenza impugnabile sull' oggetto dell'istanza" extremo sumamente importante, máxime si se

³² Carbone, C “Despachos interinos..” Libro Sentencia Anticipada op cit pag 103 y sgtes

³³ "Código di Procedura Civile" a cura di Marcello Iacobellis (magistrato) Ed. Simeone, Nápoli, 1997. Balena, "Ancora <interventi urgenti> sulla riforma del processo civile" Giurisprudenza Italiana, T. 1995-IV- pag. 330. Secondo Bucci "L'art. 186 quater: una norma <grimaldello>?" Giustizia Civile, 1995 T. II pag. 299; Luiso, "Il decreto ley n ° 238/1995 sul processo civile" op. cit. T. IV pag. 246; Civinini, "Le condanne anticipate" in Foro Italiano 1995 pag. 336; Campese, "L'a ordinanza successiva alla chiusura dell'intruzione" in Corr. Giur. 1996 pag. 109; Consolo, "La girandola dell ariforma del codice de procedura civile" in Corr. Giur. 1995 pag. 867; Constantino "La lunga agonia del processo civile" in Foro Italiano 1995 T. V pag. 321 Respecto de los distintos tipos de providencias italianas Carnuelutti, "Instituciones del Proceso Civil" Volúmen I, Bs. As. 1959 Ed. Ejea, puntos 300, 311, 338 a 343, pasim pag.452 a 343

quieren tener en cuenta en países en que no esté regulada la anticipación como instituto no cautelar al momento de caducar el proceso*

El artículo presenta aristas polémicas: no debe olvidarse que respecto del procedimiento urgente del art. 700 del Código italiano que se dictaba antes de iniciar la causa de mérito, si esta no se iniciaba, - lo que facultaba el inicio válidamente por el demandado - se declaraba la ineficacia también de la medida de urgencia; este costado revelaba, y era su consecuencia, el carácter netamente cautelar y provisional, habiéndose derogado en 1993 por la ley N° 353 en su art. 89 los arts. 701 y 702 que normaban los supuestos de competencia y procedimiento si se usaba la medida ante el pretor.

6 Estabilización del anticipo ante su preclusión.

Pero esta idea tiene un inmediato antecedente en la legislación italiana cuando el 14 de Mayo de 2005 se reforma el rito civil y se introduce el nuevo art. 669 *octis*, inc. 6 mediante la instauración de medidas anticipatorias pre procesales pero sin la fatalidad de conservar su vigencia con la promoción del proceso ordinario posterior como es regla para todas las medidas cautelares previas a la demanda y como sucedía con las medidas anticipatorias o urgentes del ya referido art. 700 del Código Procesal Italiano.

Ello sin perjuicio de cada parte tenga el derecho el interponer el respectivo juicio ulterior de cognición plena sobre la materia en que verse tal anticipo, pero si ninguna de estas partes ejerce la opción, como venimos postulando, el anticipo queda *estabilizado* que así adquiere un estado de vida autónomo cambiando su naturaleza jurídica que era la instrumentalidad de la medida en pos a un futuro proceso de cognición plena³⁴

La doctrina nacional se encarga de explicarnos que luego del proveído anticipatorio es el demandado el que decide si ese anticipo se debe *levantar* por aquella exoneración que la ley concede al actor de promover un juicio posterior y pone un ejemplo: el actor peticiona y obtiene en una reivindicación de cosa mueble vgr una máquina la entrega provisoria de la misma y el demandado acata la orden y no objeta: sino se promueve el proceso de conocimiento posterior la máquina quedará por tiempo indeterminado en

* Temas polémicos que también fueron abordados también por Pecchinenda y Rankin en su ponencia "Cosa Juzgada y caducidad" en las Jornadas Preparatorias Rosarinas al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1999 y en XX Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1999 de San Martín de los Andes donde fue declarada ponencia relevante entre los jóvenes Abogados.

³⁴ Biavati, Paolo "Tutela cautelar anticipatorio y sumaria en la reforma italiana" *Revista de Derecho Procesal* Ed Rubinzal y Culzoni, Sta Fe 2009- 3 pasim 497

poder del actor y si el propio juez o un tribunal no revoca la resolución la misma subsiste no caducando la misma ni el procedimiento anticipatorio³⁵

Desde Brasil de la ingeniosa pluma de Ada Pellegrini Grinover se propone la terminación inmediata del proceso después de haber precluido la decisión de anticipo de la tutela – pensamos por agotarse el recurso contra ella o consentirse el despacho interinal y surcando las aguas del rito italiano ya comentado

Como es una extinción también *anormal* del proceso, deja a salvo el derecho del demandado de promover otro proceso para retomar la discusión de la causa.

Como advierte la doctrina que relata la propuesta, la idea es en verdad una muestra de un nuevo modelo procesal para sumariar el proceso ordinario pegando un brinco a sus etapas tradicionales, quedando así la decisión interinal de primera instancia en estado de efectividad plena.³⁶

Es decir, deja de ser interina para convertirse en definitiva.

Si se quiere comparar, es la consagración de la mal llamada *medida cautelar autónoma* de nuestra jurisprudencia en materia sobre todo, medidas innovativas en los juicios de amparo, que en realidad no son más que medidas autosatisfactivas .

Confesamos que este procedimiento al que puede acudir el demandado perjudicado con la entronización del anticipo puede ser un camino legal o jurisprudencial también para el supuesto de caducidad que comentamos en el punto anterior para calmar los espíritus más garantistas y menos osados a al hora de dar a cada uno lo suyo. Este sentido de justicia consiste de dárselo cuando la necesidad lo reclama y no cuando lo decide la pesada burocracia tribunalicia, de buena o mala fe.

³⁵ MARFIL, Andrés Manolo “ Audiencia, Combinación, limitación temporal y estabilización como técnicas para hacer más efectiva la tutela cautelar” en *Medidas Cautelares* Peyrano Director, op cit, pag. 241 y sgtes

³⁶ De los Santos, Mabel y Calmón, Petronio “Informe General de la Comisión “Procesos urgentes y cautela judicial” en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Santiago de Chile en 2010 en *Derecho Procesal Contemporáneo* Libro de Ponencias de dichas jornadas, (Coodinador Raúl Tavorari Oliveros) Ed Jurídica de Chile, Santiago 2010, Tomo 1 pág. 365/396