000435/2013

Trelew, de septiembre del año dos mil trece.----------

--- **VISTO**: ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a rf. 38/40, contra la sentencia interlocutoria Nº 77/2013 dictada a rf. 33/36, concedido a rf. 41, es fundado a rf. 38/40.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- **I.-** A rf. 33/36 el juez de grado resuelve hacer lugar a la medida cautelar anticipada peticionada a fs. 4 vta., a los fines que se le practique intervención quirúrgica al accionante, E. F., en su rodilla izquierda, la que se ordena llevará a cabo a exclusivo cargo y costo de la demandada P. ART. S.A., pero cuya realización quedará sujeta al previo consentimiento informado del actor y prescripción médica a expedirse por médico tratante prestador médico de la ART, a presentarse en autos en el plazo de 10 (diez) días.----------

--- Para así decidir considera que con los referidos antecedentes médicos colectados en la causa, a lo que se suma que la ART demandada –conforme surge del propio escrito de contestación de demanda y documental de fs. 29 d.r.- ha reconocido el accidente sufrido y ha otorgado prestaciones en especie al actor conforme a la lesión denunciada en demanda, es que se da en autos la verosimilitud del derecho requerida para el otorgamiento de la medida cautelar peticionada, encontrándose a su vez el peligro en la demora fundado en el propio hecho de la necesidad de la intervención quirúrgica aconsejada por los facultativos como posible remedio a la lesión que presenta el actor en rodilla izquierda.----------

--- Contra esta decisión la demandada a rf. 38/40 vta., dedujo recurso de apelación.-----

--- Se agravia la apelante en cuanto –dice- se hace lugar a la medida precautoria solicitada sin tomar en consideración que el hecho denunciado no constituye un accidente de trabajo, ya que la parte actora no ha probado, y su parte ha negado expresamente (negativas), que el actor se encontrara saliendo de su domicilio para ir a trabajar, por lo tanto no se encuentra probado que se tratara de un accidente “in itinere” y que no existe prueba tendiente a acreditar dicho extremo. Que ante la negativa de su parte, es la actora quien debe demostrar que ello es como lo invoca. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura, e insiste en que el hecho no constituye accidente de trabajo, y por ello está excluido de la aplicación de la ley 24.557. Aduce que no reúne un mínimo grado de verosimilitud del derecho, y que al no ser un accidente “in itinere” no está cubierto por la LRT.----------

--- Corrido traslado a rf. 43 a la parte actora, ésta contestó a rf.45/46. En lo fundamental expresa que la simple compulsa de los escritos de interposición de demanda, su contestación y prueba ofrecida permite rápidamente establecer que la aceptación del accidente de trabajo sufrido por el Sr. F. no resulta una cuestión controvertida en autos, habiendo sido el mismo expresamente aceptado por la demandada en los términos de la Ley 24.557. Señala que en consecuencia ha perdido el tiempo y la oportunidad para

efectuar un eventual rechazo de cobertura, o al menos una suspensión del plazo para hacerlo, hace referencia a lo dispuesto por el art. 6º del Decreto 717/96 en que la Aseguradora no podrá rechazar la pretensión con fundamento en la inexistencia de relación laboral reconocida por el empleador; dice que el pretendido rechazo de cobertura que pretende introducir en esta instancia la ART demandada resulta improcedente, y finalmente solicita que se rechacen los agravios.----

--- **II.-** Así planteado el caso corresponderá confirmar la resolución de rf. 33/36 en lo que ha sido materia de agravio en mérito a las siguientes razones.----------

--- Ello así, se trata el caso de una tutela anticipada, que más allá de no estar receptada legislativamente, sus principales elementos surgen de las medidas cautelares, del derecho comparado local y del análisis de la doctrina vernácula que abreva en fundamentos constitucionales y supranacionales (sin perjuicio de otros, PEYRANO, Jorge, "Procedimiento civil y comercial", Ed. Juris, Rosario, 2002, T. 1, p. 275 y sig.). (Sala “A” en la S.I.L. nº 35 de 2011 en "R. c/ U. T. SA s/ Medida cautelar" (expte. nº 276/2011-r.C.A.T.); en el mismo sentido que las S.I.C. nº184 de 2008 y S.I.L. nº64 de 2008).----------

--- Debe existir una fuerte verosimilitud del derecho invocado por el peticionario de la medida, ya que se trata de acreditar la existencia de un perjuicio manifiesto, ostensible, evidente y por sobre todo progresivo, de modo tal que su falta de reparación inmediata produce un deterioro irreversible en el reclamante, a grado tal que la sentencia no logrará la recomposición razonable del derecho afectado (conf. Omar Díaz Solimine, “Manual de Derecho Procesal Civil”, La Ley, Año 2008, pág. 537; Cecilia Belsito-Andrés Caporale “Tutela Judicial Efectiva”. Ed. Nova Tesis, Año 2005, pág.31).----------

--- Tiene carácter excepcional, dado que aparece como el remedio por excelencia para dar tutela cautelar cuando la prohibición de innovar no puede atender a esa finalidad, pero siempre teniéndose en cuenta que sus especiales características justifican que se la acoja con excepcionalidad y realizando un riguroso análisis de sus recaudos de procedencia (conf. Cecilia Belsito-Andrés Caporale “Tutela Judicial Efectiva”. Ed. Nova Tesis, Año 2005, pág. 194).----------

--- Como toda medida cautelar importa un anticipo de la tutela jurisdiccional, pero en este caso, tal anticipo implica el otorgamiento al peticionante de aquello que recién habría de serle acordado en la sentencia definitiva, pues entre el objeto de la pretensión cautelar y el de la pretensión sustancial media una relación de identidad, total o parcial.-

--- En este contexto, en autos se reclamó como tutela anticipada la cobertura médica necesaria para realizar una cirugía de rodilla izquierda, por las lesiones que se invocaron. Con esta petición se trata de satisfacer la pretensión, total o parcialmente, antes de pronunciarse un fallo definitivo (ver fs. 4 vta., punto VI). Razón por la cual es necesario lograr un grado mayor de convicción acerca del derecho invocado como fundamento del anticipo sustancial, que sólo puede ser alcanzado tras considerar no sólo la pretensión esgrimida sino, también, la defensa articulada y los elementos

concurrentes que postulen y acrediten las partes (Corte Suprema de la Nación en las causas "Camacho Acosta" de 1997, Fallos 320:1633; "Provincia de Salta" de 2002, Fallos 325:2367 y "Pardo" de 2011 Fallos 334:1691). ----------

--- El anticipo de tutela pretendido, no obstante provisorio, debe asentarse en un grado de convicción mayor que el de la simple verosimilitud del derecho exigible para las medidas cautelares, esto es, el de la "probabilidad" liminar del reconocimiento judicial del derecho (art. 234 C.P.C.C., su doc., confr.: ARAZI, Roland, "Tutela Anticipada", en Revista de Derecho Procesal Nº 1, ed. Rubinzal Culzoni, pags. 391/392 Nº 7; RIVAS, Adolfo, "La Revolución Procesal", ídem, pag. 144, Nº 1; S.I.C. 01/11, Sala “B” C.A.T.), a lo que también debe sumarse que las circunstancias del caso pongan en evidencia una urgencia impostergable para evitar un perjuicio irreparable al reclamante, como factores preponderantes para acortar los tiempos de un proceso normalmente muy extendido, con miras a lograr un desplazamiento de derechos, provisorio y reversible, sin que exista propiamente cosa juzgada (doc. CS, "Camacho Acosta", Fallos 320:1633; "Provincia de Salta" de 2002, Fallos 325:2367 y "Pardo" de 2011, Fallos 334:1691; S.I.C. 110/06 Sala “B” C.A.T.).----------

--- Ahora bien; conforme surge del legajo, se solicitó como anticipo de jurisdicción la cobertura de intervención quirúrgica de la rodilla izquierda del Sr. F. con la posterior rehabilitación kinésiológica y todo aquello necesario, para asistir al actor en el tratamiento de las lesiones que presenta, (fs. 4 vta., punto VI). En la relación de hechos para fundar esta petición, se afirmó que el actor habría sufrido lesiones en un accidente "in itinere" (fs. 2/3 punto 5.2.) reconocido por la demandada (fs. 23), y se precisó que presenta una grave limitación funcional, que le impide desarrollar plenamente su tarea, no puede caminar y el persistente dolor lo tiene abatido, que las prestaciones fueron insuficientes y solo una cirugía era y es hoy la alternativa única y posible para curar su lesión. Ello también surge de la documental de rf. 30 y 32 (informe médico de la Dra. P.). Y de la contestación de demanda surge que no se niega la ocurrencia del hecho en sí, sino que se le atribuye unilateralmente otra calificación jurídica (no es accidente "in itinere", sino una enfermedad preexistente e inculpable) para eximirse de la eventual responsabilidad consecuente. Con esta posición se fundan los agravios de rf. 38/40.----------

--- Sin embargo, en forma preliminar, y sin que esto implique expedirse sobre el fondo, frente a los hechos de autos y la oposición del recurrente, en la compatibilización de los incisos 1º y 3º del art. 6º de la ley 24.557 debe estarse a lo que resulte más favorable al trabajador para atender las urgentes circunstancias vitales en que las se encuentra (doc. art. 9º, ley 20.744, texto ley 26.428; CS, 31/10/2002, "Fernández, Nicolás c/ Ferrocarriles Argentinos s/ indemnización por enfermedad", Fallos 325:2794; íd., 12/03/1987, "Padín Capella, Jorge Daniel c/ Litho Formas SA", Fallos 310:558). De modo que las disquisiciones dirigidas a cuestionar el encuadre del hecho no negado, que corresponde sean dilucidadas en la decisión final, no pueden, en este estado, ser

admitidas cuando de ello se siguen o pueden seguirse perjuicios de difícil o imposible reparación ulterior al reclamante (Corte Suprema, "Pardo" de 2011, Fallos 334:1691), en tanto sujeto de preferente tutela constitucional (S.I.L. nº 09 de 2011 en "V. c/ A. s/ Cobro de haberes", expte. nº 37/2011-r., Sala ”A” C.A.T.; también la Corte Suprema en las causas "Aquino" de 2004, Fallos 327:3753, y "Torrillo" de 2009, Fallos 332:709, entre otras). ----------

--- Por lo que, en razón de lo expuesto, corresponde confirmar la decisión de rf. 33/36 de este legajo. ----------

--- **III**.- Por la forma en que se resuelve el presente, las costas se impondrán al recurrente perdidoso (art. 70, C.P.C.C.). En mérito de la extensión e importancia de las labores desarrolladas, el resultado obtenido en el incidente, así como el carácter con que actuaran, corresponde regular los honorarios del Dr. S. E. P., letrado apoderado del actor en el 1,5% del monto del proceso, los de los Dres. A. F. y R. L., letrados patrocinantes de la accionada en el 0,5%, del mismo monto, y los del Dr. J. M. F. C. como apoderado de la misma en el 0,2% del importe anterior, calculados todos de la liquidación final del proceso que oportunamente se realice (arts. 5, 8, 9, 13, 32 y concs. de la ley XIII nº 4). ----------

--- Por ello, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

--- Confirmar la resolución de rf. 33/36 de este legajo. ----------

--- Imponer las costas al recurrente perdidoso. ----------

--- Regular los honorarios del Dr. S. E. P., letrado apoderado del actor en el 1,5% del monto del proceso, los de los Dres. A. F. y R. L., letrados patrocinantes de la accionada en el 0,5%, del mismo monto, y los del Dr. J. M. F. C. como apoderado de la misma en el 0,2% del importe anterior, calculados todos de la liquidación final del proceso que oportunamente se realice (arts. 5, 8, 9, 13 y concs. de la ley XIII nº 4).----------
---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO L. DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO R. LUCERO
PRESIDENTE

RAUL A. VERGARA
JUEZ DE CAMARA

---- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2013 – SIL.- CONSTE**.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO