

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 27059/14-STJ-

SENTENCIA N° 10

///MA, 9 de marzo de 2015.

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Liliana Laura Piccinini, Enrique J. Mansilla, Ricardo A. Apcarian, Adriana Cecilia Zaratiegui y Sergio M. Barotto, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados: “TOSONI, Mariano Felipe Ramón y Otro c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION” (Expte. N° 27059/14-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Cuarta Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 398/413 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.-¿Es fundado el recurso?

2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I O N

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo:

I).- Antecedentes de la causa.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Cuarta Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia N° 29 de fecha 23 de octubre de 2013, obrante a fs. 384/393, en lo que aquí importa, resolvió: “I.- Rechazar el recurso interpuesto a fs. 231, con costas.”.

Esto es, confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia a fs. 199/225, que rechazara la demanda promovida a fs. 12/17 por Mariano Felipe Ramón TOSONI y Oscar FERNANDEZ, en contra de la PROVINCIA DE RIO NEGRO (Jefatura de Policía), con costas a los accionantes objetivamente perdidosos (art. 68 del CPCyC.).

II).- Agravios del recurso.

Contra lo así decidido, interpone recurso extraordinario de casación, la parte actora a fs.

398/413 y vta., planteo este que fue contestado por la demandada (PROVINCIA DE RIO NEGRO) a fs. 421/427 de las presentes actuaciones.

Al respecto, la actora aduce, a fin de sustentar su aspiración de acceder a esta instancia de legalidad, que la sentencia impugnada ha incurrido: ///.- ///.- a) En absurdo probatorio, en cuanto el fallo en crisis ha prescindido de una valoración crítica de los elementos de prueba producidos, que no ha integrado en un conjunto probatorio, haciendo valer una retorcida interpretación del testimonio de fs. 205 vta. del expediente penal agregado por cuerda, sin confrontarla con los restantes elementos incorporados a la causa, arribando a una conclusión producto de un razonamiento viciado por el absurdo, conculcando las reglas de la sana crítica previstas en los arts. 386 y 456 del Código Procesal Civil y Comercial.

Argumenta que la prueba testimonial que se consideró “esencial” para justificar el repliegue total de los policías se basa en una frase aislada y tomada fuera de contexto de la declaración testimonial del Sr. Marcelo Andrés Centeno obrante a fs. 205 vta. del expediente penal n° 033.435/2012, y que de toda la prueba recolectada se desprende que el retiro del personal policial no se debió a su utilización en otros sectores de la ciudad, sino que se ordenó un repliegue general de todos los uniformados hacia el Destacamento 163 y se dispuso no intervenir (zona liberada) pese a los insistentes pedidos de ayuda que recibían en la unidad, basándose en declaraciones vertidas en la causa penal.

Manifiesta que la sentencia justifica el despliegue de las fuerzas policiales desde el comercio de los actores hacia el destacamento y hacia otras localizaciones de la ciudad, en virtud de que era requerida su ayuda dadas las condiciones obrantes; sin embargo expresa que tal afirmación es falsa, por cuanto de ninguna de las constancias de la causa resulta que haya existido ese requerimiento de otras localizaciones.

b) En arbitrariedad, por violación del principio de congruencia, y por omisión de considerar elementos esenciales de la causa para la justa composición del litigio, valoración de prueba inexistente, etc..

Sostiene que el Tribunal de grado afirma, como sustento decisivo de su argumentación, que las fuerzas del orden dejaron de custodiar los bienes de los demandantes y los demás comerciantes de la zona y se trasladaron a “otros lugares” donde también eran solicitados sus servicios de seguridad, o a cubrir el Destacamento Policial 163, lo cual es una verdadera aserción dogmática del sentenciante que jamás fue invocada por la demandada ni tampoco probada.

Afirma que la conclusión de la sentencia resulta infundada y arbitraria, y pone en riesgo la seguridad jurídica por la que debe velar, no sólo por hacer valer prueba inexistente,/// ///2.-sino por intentar legitimar un acto ilegal de las autoridades policiales, de claro incumplimiento de los deberes de funcionario público.

c) En la prescindencia inmotivada de la doctrina jurisprudencial que emana del precedente: “DELLA BARCA, DANIELA MARICEL C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (JEFATURA DE POLICIA) S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/APELACION” (Expte. N° 918-SC-08), etc..

III).- Análisis y solución del caso.

Que, ingresando ahora al examen de las cuestiones traídas a debate, corresponde abordar en primer término, los agravios fundados en la arbitrariedad de sentencia, por violación del principio de congruencia. Ello así, en razón de que de la procedencia de tal cuestionamiento podría derivar la nulidad del fallo impugnado, lo que haría innecesario el tratamiento de los demás agravios.

Al respecto, la recurrente fundamenta la violación del principio de congruencia, en la consideración de que la Cámara sostiene como argumento decisivo, que las fuerzas del orden dejaron de custodiar los bienes de los actores y de los demás comerciantes de la zona, por cuanto debieron desplazarse a otros lugares donde también eran solicitados sus servicios de seguridad, o a cubrir el Destacamento Policial 163. Expresa que a fs. 390 se menciona la “necesidad de cubrir múltiples objetivos” y la “imposibilidad de hacerlo”.

Señala que tal afirmación es falsa, por cuanto de ninguna de las constancias de la causa resulta que haya existido ese requerimiento de “otras localizaciones” como se expresa, y sí quedó en claro que deliberadamente la policía desguarneció el sector de los comercios de los demandantes y de otros damnificados, en presencia de grupos de vándalos que amenazaban con saquear esos negocios, sin ninguna explicación ni motivo. Sostiene que la falta de alegación y de prueba (ya sea en el escrito de contestación de la demanda o en el de contestación de los agravios de los actores) en el sentido afirmado oficiosamente por el “a quo”, a modo de justificación de la conducta policial, no puede perjudicar a su parte que ha logrado demostrar con toda evidencia la relación causal entre la omisión de los deberes funcionales de quienes debían velar por la seguridad ciudadana y las consecuencias dañosas de los hechos vandálicos acontecidos.

Manifiesta que sólo la demandada estaba en condiciones de probar eventualmente que se le hubiera requerido a la Policía su presencia en otro lugar y que no pudo dejar

siquiera///.- ///.-una custodia mínima en la zona que era el epicentro de los saqueos (en calles Don Bosco, Esquiú y sus inmediaciones).

Agrega además que, el Juez de Primera Instancia reconoce expresamente que antes de su retirada la Policía había logrado contener a los saqueadores sin confrontarlos: “Lejos de ello, los propios actores y los testigos por ellos ofrecidos (así como los que participaron al día siguiente en la exposición notarial de fs. 57/58) expresan que mientras hubo presencia policial en las cercanía del lugar y sus adyacencias, el accionar de esta resultó efectivo y disuasivo, en la medida en que no se dieron confrontaciones ...”, pero forzando la lógica y la verdad el sentenciante concluye: “debiendo seguirse de ello que tal circunstancia determinó (razonablemente) el desplazamiento de las fuerzas policiales a sectores de la ciudad en que su presencia era requerida de manera más necesaria e imperiosa, dado la multiplicidad de muy graves situaciones”. Expresa que, además de no estar alegado ni probado que la policía haya tenido que trasladarse a otros sectores, nada justifica el hecho de que haya desguarnecido totalmente a algunos particulares (los comerciantes de la calle Don Bosco y Esquiú) privilegiando a otros que supuestamente atravesaban por la misma emergencia, desoyendo las reiteradas súplicas de ayuda de los primeros.

Expresa también que constituye una afirmación falsa y unilateral la manifestación del sentenciante en el sentido de que la policía pudo haberse visto sobrepasada por la multitud que pugnaba por entrar a los comercios. Por el contrario, ninguna de las partes afirmó esa circunstancia y además se demostró exactamente lo contrario, esto es, que mientras hubo presencia policial la seguridad se mantuvo sin problemas. Luego bastó que se presentaran algunos oficiales en el lugar para que cesaran los saqueos.

En tal orden de ideas, considera que la conclusión a la que arribó el “a quo” resulta infundada y arbitraria, poniendo en riesgo la seguridad jurídica, no sólo por hacer valer prueba inexistente, sino por intentar legitimar un acto ilegal de las autoridades policiales, en claro incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos (arts. 249 y 250 del C.P.). El conocimiento judicial debe trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces, y la pretendida justificación de la necesidad del desplazamiento de la fuerza policial a otros sectores no reúne ninguna de esas dos características.

Señala que el art. 386 del CPCyC. establece que: “Apreciación de la prueba. Salvo disposición legal en contrario, los Jueces formarán su convicción respecto de la prueba de/// ///3.-conformidad con las reglas de la sana crítica”.

Por su parte el art. 364 del CPCyC. dispone: “Admisibilidad de hecho y de prueba. Sólo

se admitirán como objeto de prueba los hechos articulados en la demanda, reconvencción y en su caso sus contestaciones, que sean conducentes al esclarecimiento del pleito y que resulten controvertidos. No serán admitidas pruebas que fuesen manifiestamente improcedentes, superfluas, dilatorias e innecesariamente onerosas.”. Y el art. 377 del CPCyC. prescribe: “Carga de la prueba. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.”.

Sostiene que todas las disposiciones citadas han sido violentadas en el fallo en recurso al hacer mérito de hechos no afirmados ni probados por quien tenía interés y posibilidad material de acreditarlo. Ello en la consideración de que la exposición de los hechos en el proceso de conocimiento es esencial. La jurisprudencia es concordante con estos conceptos. Los hechos deben ser claramente expuestos en la demanda y en la contestación, con arreglo a los que determinan las respectivas normas procesales, ya que dichos escritos establecen las base de la litis contestatio; sobre ello debe producirse prueba y la sentencia sólo debe considerar los hechos oportunamente alegados por las partes. Ningún hecho puede probarse en el proceso si no ha sido incorporado en los escritos de demanda y contestación.

Adelanto mi opinión a favor del progreso de tales cuestionamientos, en cuanto atribuye a la sentencia haber incurrido en arbitrariedad, por violación del principio de congruencia. Doy razones:

La llamada “litis contestatio” que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la “relación procesal”, es el fundamento y principio del juicio; esto es la columna del proceso, base y piedra angular del juicio.

Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la “demanda” y su “contestación”. En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal Civil y Comercial), el segundo delimita el “thema decidendum” y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4* y 163, inc. 6* del mismo///.- ///.-cuerpo legal).

Integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio “calificadas según correspondiere por ley”

(art. 163 inc. 6*, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino “iuria curia novit” (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313,346, entre muchos otros).

Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- “ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición” (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros).

Es por ello que si la demandada pretende ampliar y/o modificar los hechos argumentados en la contestación de la demanda como defensa al progreso de la acción, los Jueces no pueden, aún cuando considerasen que tales hechos tardíamente alegados reflejan la realidad de los acontecimientos sucedidos, alterar los límites de los presupuestos de la causa, pues de tal modo se violaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte. Y mucho menos, pueden los Jueces de oficio, considerar hechos como fundamento de la sentencia, no invocados ni probados por las partes.

Y esto último es lo que ha ocurrido en autos, pues como esgrimiera la parte recurrente, la sentencia de Cámara fundó su decisión en hechos no invocados por la demandada, alterando inexorablemente los presupuestos de hecho de la causa y con ello, el verdadero alcance de las defensas introducidas por aquella en la contestación de demanda; olvidando que ya se había determinado el “thema decidendum”.

La violación del principio de congruencia surge evidente del cotejo de la sentencia impugnada con la “litis contestatio”; esto es, con la relación procesal trabada en función de/// ///4.-la pretensión de la actora (volcada en el escrito de demanda) que constituye el objeto del proceso, más la oposición de la demandada (contestación de la demanda) en cuanto delimitan ese objeto.

En efecto, de la simple lectura de las constancias de la causa, se observa que la parte

demandada, más allá de la negativa expresa de los hechos alegados en la demanda, se limitó a efectuar una reseña de distintos supuestos de la responsabilidad del Estado, y a destacar que es inexacto que la actuación de la policía haya sido irregular o impropia.

En momento alguno invocó como defensa y/o causal de justificación de la responsabilidad que se le atribuyera a la Policía por “falta del servicio”, que esta tuviera que retirarse de la zona donde se encontraba el comercio de los actores para cubrir la necesidad de múltiples objetivos, como el Destacamento Policial 163.

No obstante ello, la Cámara valoró y consideró para concluir que el servicio público que presta el Estado a través de las fuerzas policiales fue prestado en forma regular, que la policía debió replegarse a otros puntos de conflicto, tales como el destacamento policial mencionado.

De lo expuesto, surge de modo evidente que la sentencia de Cámara, al no ceñir su decisión al límite impuesto por la relación procesal, ha incurrido en la violación del principio de congruencia. Ello así, pues la defensa referida a que la policía tuviera que abandonar la zona donde se encontraba el comercio de los actores por la necesidad de cubrir otros puntos de conflicto, nunca fue planteada ni invocada por la demandada, de modo que su consideración se encontraba vedada, so pena de incurrir en la violación del principio aludido, y con ello, de la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio de la contraparte.

Al respecto, se ha dicho que: “Surge de la imposición legal, que no le es permisible al magistrado en su decisión involucrar cuestiones o aspectos que no han formado parte de la controversia ni por tanto pueden tenerse como comprendidos dentro del contexto de la “*litis contestatio*”, porque apartándose de la regla rectora adjetiva que la reglamenta, lo hace incurrir en incongruencia que por no adecuarse a la correcta situación fáctica propuesta que circunscribe limitando los términos de la defensa del contrario. Esto es, el pronunciamiento debe guardar correspondencia con la petición inicial a la cual se ajusta el demandado al responder la misma, no puede ni de oficio, procurar la verdad más allá del “*thema decidendum*” y del “*thema probandum*”. (CNApel. en lo Comercial, Sala A, “Banco Juncal/// ///.-Coop. Ltda. en liq. por: Banco Central c. Schiave, Raúl E.”, del 19/11/1991); “La sentencia por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito que acoge la culpa de la víctima como causal de eximición de responsabilidad, incurre en incongruencia ultra petita si, aún cuando puedan tener incidencia en el nexo de causalidad, se trata de hechos que no fueron invocados al trabarse la *litis*.” (TSJ de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Scalzadonna, Fernando Osvaldo c.

Municipalidad de Córdoba s/ordinario - daños y perjuicios - recurso directo (expte. s 43/08)”, del 15/09/2011); “La aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces en virtud del principio *iuria novit curia*, con abstracción de las alegaciones de las partes. Ello es así, sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiversa la naturaleza de la acción deducida.” (SCJBA., “Ots, Jorge Luis v. Mastellone Hnos., Danone S.A., CON SER S.A., Logística S.A. s/ Despido” del 11/11/2009); “Corresponde a los jueces determinar el encuadramiento legal de los hechos alegados por las partes -con prescindencia del derecho invocado por éstos- en tanto no se altere la relación procesal.” (SCJBA., “Barbosa, Miguel Á. v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”, del 09/12/2004); “Una sentencia viola el principio de congruencia cuando no obstante imputar conductas específicas a los padres de un menor de diez años víctima de un accidente de tránsito, introduce hechos que nunca fueron invocados por las partes y de los cuales el actor no tuvo ninguna posibilidad de defenderse”. (SCJ de la Provincia de Mendoza, Sala I, “R., H. H. y otra c. Valencia, Gustavo J. y otros”, del 29/04/2002); “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda tendiente a obtener el cobro de un seguro por invalidez, si el tribunal ha hecho valer una circunstancia que el origen de las patologías era anterior a su ingreso al seguro- no invocada por la demandada con apartamiento del principio de congruencia y mengua del derecho de defensa en juicio del actor” (CSJN., “Palacios de Camargo, José Eloy c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro”, Fallo 320:1074); “Las defensas sobre la falta de titularidad dominial de la cosa vendida, así como la conducta engañosa o maliciosa del vendedor, que no fueron introducidas en la contestación de demanda sino en los alegatos, son ajenas al *thema decidendum* y no pueden ser valoradas por el tribunal al momento de dictar sentencia so pena de violar los principios de congruencia y bilateralidad”/// ///5.-(TSJ de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Cacchione, Carlos Alberto c. Romero, María Adela del Rosario y otro s/ordinario - cump./res. de contrato - recurso directo” del 20/09/2011).

Consecuentemente, en virtud de las razones expuestas en relación a la violación del principio de congruencia, situación esta que conlleva inexorablemente a la nulidad de la sentencia impugnada, resulta innecesario el tratamiento de los demás agravios planteados.

IV).- Decisión.

Por lo expuesto, y considerando que parte de la argumentación del fallo impugnado, ha sido erigida en base a defensas no articuladas por la accionada, esto es, en franca violación al mencionado principio de congruencia, que dimana de los artículos 34, inciso 4* y 163, inciso 6* del ritual, se impone declarar la nulidad de la sentencia impugnada por afectación del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional). MI VOTO por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Discrepo respetuosamente con la solución propuesta por la distinguida colega que me precede en el orden de votación y habré de propugnar el rechazo del recurso de casación interpuesto.

Ello, con fundamento esencial en los postulados del voto que plasmara en sentencia dictada en estos autos el 14 de junio de 2013, obrante a fs. 364/368.

Dije allí que entendía que en estos autos se encuentra en discusión si la actitud que se le atribuye a la autoridad policial de trasladarse del lugar de los acontecimientos al Destacamento Policial N° 163, antes del saqueo, pudo haber sido producto de un accionar antijurídico o, por el contrario, se encontraba motivado en otras circunstancias. Que en ese contexto no se podía dejar de analizar, en particular, la declaración testimonial del Agente Centeno obrante a fs. 205 vta. del Expediente Penal N° 033.435/2002.

Lo expuesto, ya que entendía que no sólo se trataba de una prueba relativa a la cuestión materia de análisis sino porque el resultado de su valoración podía influir en la decisión final que se adoptara en estas actuaciones.

Abundando, dije que aún cuando se considerara que dicha testimonial no influía en el resultado de este proceso o que eran suficientes los medios de convicción elegidos, debió expresarse fundadamente el análisis que llevó a la Cámara a descartar la prueba.

///.-

///.- Fue motivo de crítica y posterior sustento de la decisión tomada en ese pronunciamiento que ninguna razón fáctica ni jurídica se hubo vertido y ninguna consideración o argumento válido desarrollado para justificar la omisión "...lo que patentiza la ausencia de una fundamentación legal suficiente e invalida el resolutorio en examen...".

Continué diciendo que no compartía las conclusiones de la Cámara, cuando había omitido efectuar un análisis circunstanciado de las distintas pruebas producidas en

orden a determinar si la omisión de los agentes policiales constituyó un accionar antijurídico o no, para finalmente dar las razones de su decisión.

Por ello consideré no satisfecho, sino en modo aparente, el requisito de que los fallos constituyan derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos probados del caso.

Luego de citar antecedentes jurisprudenciales de este Tribunal y de la CSJN., que refieren a situaciones similares, concluí en que la Cámara había prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, “...al omitir el análisis de elementos obrantes en las actuaciones, en principio conducentes a la solución del pleito, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto; defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde asignar a los distintos medios probatorios....”.

Ese pronunciamiento, al que adhirió el doctor Sergio Barotto en oportunidad de constituir con el suscripto el anterior STJ. de tres miembros, declaró la nulidad de la sentencia puesta en crisis y dispuso el reenvío al Tribunal de origen para que con distinta integración- dictara una nueva, pero esta vez ajustada a derecho y a los postulados del acto jurisdiccional que se dictaba.

Cabe destacar que lo decidido no mereció reparo ni recurso alguno que interpusieran las partes, por lo que mal pueden agravarse hoy los quejosos del análisis de esos elementos probatorios que hubiere podido realizar el Tribunal a quo. De hecho y a mi entender no lo plantean en esos términos sino que cuestionan la interpretación y valoración que hacen los sentenciantes de grado del plantel probatorio ponderado.

Menos aún puedo adherir a una solución que propugna declarar la nulidad de una sentencia que, haciendo caso preciso del mandato previo de este Tribunal, sustentó la decisión en esas ponderaciones, más allá del resultado al que arribaran finalmente.

En efecto, se cuestiona en el voto ponente que la Cámara hubiera valorado y///.- ///6.- considerado pruebas especialmente testimoniales- que le permitieron concluir que el servicio público que desplegara el estado a través de las fuerzas policiales fue efectuado en forma regular, ya que debió replegarse a otros puntos de conflicto, tales como un destacamento policial. El voto avanza aún más diciendo que “...la defensa referida a que la policía tuviera que abandonar la zona donde se encontraba el comercio de los actores por la necesidad de cubrir otros puntos de conflicto nunca fue planteada ni invocada por la demandada, de modo que su consideración se encontraba vedada, so pena de incurrir en la violación del principio aludido...” (remarcado me pertenece).

Ello, en abierta contradicción a los postulados de la sentencia dictada por este mismo Superior Tribunal aún con su anterior integración pero consentida y firme- que fijara el tema a evaluar y decidir, diciendo que se encuentra en discusión si la actitud que se le atribuye a la autoridad policial de trasladarse del lugar de los acontecimientos al Destacamento Policial N° 163, antes del saqueo, pudo haber sido producto de un accionar antijurídico o, por el contrario, se encontraba motivado en otras circunstancias. Que en ese contexto no se podía dejar de analizar, en particular, la declaración testimonial del Agente Centeno obrante a fs. 205 vta. del Expediente Penal N° 033.435/2002. Lo expuesto, ya que entendía que no sólo se trataba de una prueba relativa a la cuestión materia de análisis sino porque el resultado de su valoración podía influir en la decisión final que se adoptara en estas actuaciones. (Fs. 366 y ss.).

Entonces, de modo alguno puedo coincidir con una propuesta que contradice abiertamente lo resuelto con anterioridad por este mismo Cuerpo y que no ha merecido reparo ni recurso oportuno por parte de los recurrentes.

Sentado ello es dable analizar si los fundamentos vertidos en el escrito recursivo alcanzan a conmover los cimientos de la sentencia puesta en crisis y puedo adelantar que, a mi criterio, no lo logran.

Ello es así, pues de la simple lectura del recurso en examen y de su cotejo con la sentencia impugnada, se advierten dos déficits en cuanto a su fundamentación. El primero, que los agravios en su mayor extensión y contenido argumental están dirigidos a atacar la Sentencia de Primera Instancia, cuando el objeto del recurso de casación debe ser el pronunciamiento de Cámara; y el segundo y principal déficit que se observa, es que la crítica allí esgrimida resulta en realidad una mera discrepancia subjetiva con la apreciación de los///.- ///.-elementos de información reunidos en el proceso mediante los cuales la Cámara concluyera que -en autos-, no pudo probarse la invocada omisión ilícita (falta de servicio) para atribuir responsabilidad al Estado Provincial.

La recurrente cuestiona la selección y valoración de la prueba efectuada por la Cámara; en la especie, el testimonio del Oficial Inspector Marcelo A. Centeno, ordenado oportunamente por la anterior sentencia del Superior Tribunal, argumentado que su declaración resultaría desmentida por los dichos de los testigos Inspector Monsalve O. Mereglia, de los Agentes Manuel F. Zarate, Héctor D. Sandoval y Juan Carlos Colinir; cuestiona también la valoración de los testimonios de Miguel A. Bunter, Juan Cruz Rodríguez, etc., tildando a la sentencia de arbitraria y absurda, pero en ninguno de los supuestos determina el motivo de la arbitrariedad atribuida ni demuestra la absurdidad

invocada, y si, una distinta apreciación de los hechos, estimación y valoración subjetiva. Es que, la aspiración revisora -más allá de las causales anunciadas-, se dirige a traer nuevamente a debate la invocada existencia de una “zona liberada”, cuando dicha temática, por su naturaleza fáctica y probatoria, es propia de los Jueces de grado y ajena a la casación.

De manera entonces que el tilde de arbitrariedad en la valoración de la prueba no excede el plano de la simple e indemostrada enunciación, careciendo el recurso de fundamentos idóneos dirigidos a sostener la excepcional anomalía que invoca, ya que no se demuestra la carencia lógica del fallo atacado, o que éste haya consagrado lo impensable, inconcebible, lo que no puede ser de ninguna manera. Consecuentemente no se encuentra configurada la absurdidad ni la arbitrariedad aludida, por lo que la diferencia en la valoración y selección de la prueba, no puede servir de basamento al recurso.

Es que, como reiteradamente tiene dicho el Superior Tribunal de Justicia, “determinar la aptitud o no que tiene un medio de prueba arrimado a la causa, calificar su idoneidad intrínseca y escoger su fuerza de convicción por encima del resto del plexo probatorio, es tarea del mérito, ejercicio que realiza dentro de la facultad que el ordenamiento legal objetivo le concede”, por lo que aún: “la valoración equivocada, discutible, objetable o poco convincente de la prueba, no basta para abrir la instancia extraordinaria de la Casación” (STJRNS1 - Se. Nº 60/11, in re: “DEGLINNOCENTI”; Se. Nº 8/03, in re: “LO CACCIATO”).

En tal orden de ideas, podrán encontrarse argumentos para el disenso con las///.- ///7.- conclusiones de la Cámara, como de hecho los halla y expone el recurrente, poniendo en entredicho la justicia del fallo, pero no es éste el tema de tratamiento en la casación, en la que sólo es dable efectuar el control de legalidad de los fallos judiciales y no el acierto estimativo de los mismos. La arbitrariedad o el absurdo es la excepción que como remedio último permite, sólo en casos extremos, adoptar la grave determinación de descalificar una sentencia como acto jurisdiccional. De la que es objeto del presente análisis, no puede decirse que haya incurrido en un desvío palmario y notorio de las reglas del razonamiento escapando y transgrediendo las leyes lógicas formales, cayendo en lo que es impensable, inconcebible y no puedan ser de ninguna manera, requisitos de los que nos habla la doctrina de este Superior Tribunal.

Finalmente, una mención aparte merece la cita del precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVa. Circunscripción Judicial en

autos: “DELLA BARCA DANIELA MARICEL c/PROVINCIA DE RIO NEGRO (JEFATURA DE POLICIA) s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/APELACION” del 06.05.2008 traído también por la actora para fundar su recurso.

En primer lugar debo señalar que lo allí resuelto no resulta de aplicación obligatoria para los Tribunales de la Provincia, pues sólo constituye doctrina legal en los términos del art. 43 de la Ley K N° 2430 y del art. 286 del CPCyC., aquella que ha merecido consagración expresa por parte del Superior Tribunal de Justicia, con las facultades de homogeneización jurisprudencial, que le asigna la ley al autorizarlo a imponer obligatoriamente el criterio de sus fallos durante los próximos cinco años. (Conf. STJRNS1 Se. N° 53/11, in re: “R., S. c/IATA SAIC Y F. Y O.”).

Y en segundo término por cuanto se advierte también que las circunstancias fácticas del caso son distintas a las examinadas oportunamente en el precedente citado (muerte de una persona), y de que a partir de la invocación del mismo, se pretende traer nuevamente a discusión cuestiones de hecho y prueba, ajenas al recurso de casación.

En conclusión, en el entendimiento de que los agravios esgrimidos nos conducen al análisis de los hechos y evaluación de las pruebas, imposibles de ser revisados nuevamente a través de esta vía de excepción, en razón de que la casación no puede ingresar a una revalorización de los elementos de juicio de la causa, transitando las mismas reflexiones que el Tribunal de mérito y cambiando tan sólo la significación final que le asigna a cada///.- ///.-probanza, pues ello significaría lisa y llanamente instaurar la tercera instancia, corresponde desestimar tales planteos.

En tal sentido este Cuerpo tiene dicho que: “El recurso de casación no es una tercera instancia ordinaria destinada a revisar la justicia y/o injusticia del fallo que se impugna, desde que su finalidad consiste exclusivamente en un examen de legalidad.” (STJRNS1 Se. N° 50/07, in re: “B., M. L.”); “La casación no constituye una tercera instancia ordinaria en la cual resulten susceptibles de revisión las cuestiones de hecho y prueba, privativas en principio de la instancia ordinaria.” (STJRNS1 - Se. N° 50/07, in re: “B., M. L.”). MI VOTO por el RECHAZO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo Apcarian dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Juez preopinante doctor Enrique Mansilla, en cuanto entiende que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto. Doy razones:

Los aspectos que el voto ponente señala como indicativos de la violación del principio de congruencia, son aquellos -detallados luego en el voto de Enrique Mansilla-, que precisamente este mismo STJ. mandó a analizar con el dictado de la Sentencia N° 31 del

14.06.2013 glosada a fs. 364/368 de autos. Es más, podría afirmarse que la primera sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Cipolletti fue declarada nula por este Cuerpo por no haber ponderado adecuadamente dichos elementos probatorios; específicamente, la declaración testimonial del Agente Centeno obrante a fs. 205 vta. del Expediente Penal N° 033.435/2002.

Considero que el STJ. no puede incurrir en incongruencia y entrar en contradicción con sus propias decisiones anteriores en un mismo expediente; aún cuando fueren dictadas con distinta integración. Así ocurriría, en mi criterio, si se declara la nulidad del nuevo fallo dictado por la Cámara de Apelaciones, por el hecho de haber ponderado los medios probatorios que justamente este mismo Cuerpo había mandado a analizar. En concreto, la declaración testimonial antes citada, con el fin de evaluar si la conducta que se le atribuye a la autoridad policial, de trasladarse antes del saqueo, del lugar de los acontecimientos al Destacamento policial 163, pudo haber sido producto de un accionar antijurídico o por el contrario si se encontraba motivado en otras circunstancias.

Observo, además, que la violación del principio de congruencia que sustenta el voto ponente no resulta tal, dado que los elementos analizados por la sentencia de Cámara surgen/// ///8.-del expediente penal que la propia actora oportunamente ofreció y trajo a juicio como prueba sin ningún tipo de reparos, y su ponderación se hizo a los fines de analizar si se configuró o no un obrar omisivo ilícito por parte de las fuerzas policiales; cuestión ésta que constituye uno de los presupuestos de admisibilidad de la pretensión resarcitoria deducida.

Finalmente, debo señalar que coincido también con el voto del Juez preopinante, constituyendo en definitiva el argumento dirimente que motiva mi adhesión, la consideración de que la aspiración revisora de la actora tiene como objetivo traer a debate nuevamente la argüida existencia de una “zona liberada”, cuestión esta de hecho y prueba, irrevisable mediante el recurso de casación.

Ello así, por cuanto surge evidente que las argumentaciones que sustentan la invocada absurdidad y/o arbitrariedad, resultan sólo una mera discrepancia subjetiva con la apreciación de los elementos de información reunidos en el proceso (prueba testimonial), mediante los cuales el Tribunal “a quo” concluyó que -en autos- no pudo probarse la omisión ilícita (“zona liberada”) atribuida al Estado a través del accionar de las fuerzas policiales. La actora cuestiona la valoración e interpretación de la prueba efectuada por las instancias inferiores, tildando a la misma de absurda y arbitraria, pero a pesar de su esfuerzo, no logra demostrar la carencia lógica del fallo atacado y/o que el

mismo no tenga apoyo racional en que fundarse.

La casación por absurdo y/o arbitrariedad constituye un remedio último y excepcional, de interpretación restrictiva, justificado sólo en casos extremos, siendo su función, la de evitar que las valoraciones de los Jueces de grado pudieran ser anómalas en cuanto desvirtuaran los principios que deben gobernar el recto desarrollo del pensamiento, reglas insoslayables para constituir el presupuesto de cualquier libertad de convicción que no sea arbitraria o signifique un abuso del poder jurisdiccional. Consecuentemente, no alcanza con alegar la existencia de dichos vicios, sino además hay que probarlos. Por lo que no procede el absurdo y/o arbitrariedad cuando la apreciación de las cuestiones de hecho y prueba sean discutibles o poco convincentes, o se demuestren sobre la base de la mera exhibición de una opinión discrepante (Conf. Aldo Bacre, “Recursos Ordinarios y Extraordinarios”, pág. 722).

Al respecto, este Cuerpo ha dicho que para hacer caer el mérito jurídico del fallo de Cámara, no basta alegar una absurda valoración de la prueba, sino que es necesario demostrar palmariamente y acabadamente que la interpretación de los hechos ventilada en dos instancias ordinarias atenta contra toda lógica y carece de apoyo racional en que fundarse. (STJRN.///.- ///.-Se. 57/02, in re: “NAVARRETE”). En el mismo sentido, STJRNS1 - Se. Nº 46/06, in re: “C., L. A.”).

En tal orden de ideas, y en el entendimiento de que la fundamentación recursiva es en esencia una crítica a la valoración efectuada de las constancias de la causa, y su aplicación conforme el derecho vigente a la resolución de la misma, no evidenciándose en modo alguno la arbitrariedad y/o absurdidad esgrimida, y sí una disconformidad subjetiva con las conclusiones a que ha arribado el fallo mediante el análisis, apreciación y valoración de las circunstancias de hecho y prueba, soy de la opinión de que corresponde rechazar el recurso de casación en examen. ASI VOTO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

Recepcionadas las presentes actuaciones para emitir mi voto en estos autos, adelanto mi adhesión a la postura precedentemente adoptada por los doctores Enrique J. Mansilla y Ricardo A. Aparcian, y compartiendo en un todo las razones allí expuestas. Ello en tanto existe una razón primordial que determina mi posicionamiento en esta causa y delimita el alcance de mi voto, cual es la circunstancia de que este Superior Tribunal, en una intervención anterior con coincidencia parcial de las personas de sus integrantes-haya decidido con el alcance que lo hizo, esto es decretando una nulidad de la primer sentencia de Cámara dictada y disponiendo que el nuevo Tribunal de Apelación

interviniente evaluara una prueba determinada. Dicho mandato quedó firme y consentido, por lo que me veo impedida de reveerlo sin entrar en contradicción con el mismo, decretando la nulidad por haber efectuado tal valoración, y extraído tal o cual conclusión de dicha prueba, toda vez que no se demuestra arbitrariedad en su apreciación ni del plexo probatorio en su conjunto.

Por ello, y en razón de mi coincidencia con la opinión vertida en sus votos por los doctores Enrique J. Mansilla y Ricardo A. Apcarian, adhiero a los votos de ambos. MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio Mario Barotto dijo:

ADHIERO a la solución propuesta por los colegas preopinantes doctores Enrique J. Mansilla, Ricardo A. Apcarian y Adriana Cecilia Zaratiegui, cuyos respectivos términos y alcances hago míos.

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo: ///.-

///9.- Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 398/413 y vta., y en consecuencia declarar la nulidad del fallo de fs. 384/393, debiendo remitirse las presentes actuaciones a la Cámara de origen para que, con distinta integración, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento al respecto (conf. art. 296, inc. 3° del CPCyC.). II) Imponer las costas por su orden. Ello en razón de que la nulidad que se propone deriva de los vicios procesales incurridos en la sentencia de Cámara (arts. 68, 2° parte y 71 del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales por su actuación en esta instancia extraordinaria, a los doctores Horacio N. FREIBERG y Carlos E. KOHON, en forma conjunta, en el 30%, y al doctor Ramiro M. MENDIA, en el 25%. Todos a calcular sobre los emolumentos oportunamente regulados y/o que nuevamente se regulen a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.). ASI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 398/413 y vta. II) Imponer las costas a la recurrente perdedora (art. 68 del CPCyC.). III) Regular los honorarios profesionales por su actuación en esta instancia extraordinaria, a los doctores Horacio N. FREIBERG y Carlos E. KOHON, en forma conjunta, en el 25%, y al doctor Ramiro M. MENDIA, en el 30%. Todos a calcular sobre los emolumentos oportunamente regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.). ES MI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian, Adriana Cecilia

Zaratiegui y Sergio M. Barotto dijeron:

ADHERIMOS en un todo a la solución propuesta en el voto del doctor Enrique J. Mansilla.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

(POR MAYORIA) Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 398/413 y vta. de las presentes actuaciones.

Segundo: Imponer las costas a la recurrente perdedora (art. 68 del CPCyC.). ///.-

///.-Tercero: Regular los honorarios profesionales por su actuación en esta instancia extraordinaria, a los doctores Horacio N. FREIBERG y Carlos E. KOHON, en forma conjunta, en el 25%, y al doctor Ramiro M. MENDIA, en el 30%. Todos a calcular sobre los emolumentos oportunamente regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.).

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.

Déjase constancia de que el señor Juez doctor Sergio M. Barotto no suscribe la presente, no obstante haber participado del Acuerdo, por encontrarse en uso de Licencia por Razones Particulares. FDO. LILIANA LAURA PICCININI JUEZA - EN DISIDENCIA - ENRIQUE J. MANSILLA JUEZ - RICARDO A. APCARIAN JUEZ - ADRIANA CECILIA ZARATIEGUI JUEZA - ANTE MI: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.

TOMO: I

SENTENCIA Nº 10

FOLIO Nº 30/38

SECRETARIA: I