TOMO XXIX **-INTERLOCUTORIO-** T.S.J..-

REGISTRO Nº 3403

FOLIO Nº 5721/5725

PROT. ELECT. TSS1 064 I.181

Río Gallegos, 29 de agosto de 2018.-

**Y VISTOS:**

Los presentes autos caratulados: "**HERNÁNDEZ CONTRERAS LUCERINA DE LOURDES c/ PROVINCIA DE SANTA CRUZ s/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Expte. Nº **H-23.052/10** (H-2197/17-TSJ), venidos al Acuerdo para resolver; y

**CONSIDERANDO:**

**I.-** Que en primer término corresponde resolver la excusación formulada por la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández, que a foja 929 expresa: "Motiva esta decisión el hecho de encontrarme comprendida en la causal prevista en el artículo 17, inciso 7º del Código Procesal Civil y Comercial, por remisión del artículo 30, primera parte, del mismo cuerpo legal, toda vez que la suscripta ha integrado el tribunal que dictó la sentencia de fs. 851/871 y el interlocutorio de fs. 907/910 vta.".-

En razón de los motivos que fundan la excusación de la Magistrada, -el haber dictado la resolución que viene a este Tribunal a tratamiento-, encuadrándose en la normativa impuesta por el artículo 17, inciso 7º del CPC y C, en virtud de lo normado en el artículo 30 del citado texto legal, corresponde hacer lugar a la excusación deducida.-

**II.-** Asimismo llegan los presentes en virtud del recurso de casación interpuesto por la demandada, Estado Provincial, por intermedio del Sr. Fiscal de Estado, Dr. Fernando Pablo Tanarro y de su letrado apoderado, Dr. Eduardo Gabriel López (cfr. fs. 881/897 vta.), contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 851/871, por cuanto confirmó parcialmente la sentencia de Primera Instancia, la cual había hecho lugar parcialmente a la demanda promovida por daños y perjuicios, con costas a la demandada (cfr. fs. 760/ 773 vta.).-

Contra esta decisión la demandada interpone recurso de casación por entender que se ha configurado una situación de arbitrariedad por violación de las normas del debido proceso con afectación de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la accionada. (cfr. fs. 882).-

Afirma la recurrente que "…nos encontramos ante un Fallo manifiestamente arbitrario y absurdo desde el plano jurídico […] Lo concreto, lo lamentable es que se ha omitido en esta causa judicial el tratamiento de una defensa

por demás conducente para la justa resolución del litigio. Referimos con ello a que se resuelve el litigio sin analizar siquiera si se reunían las condiciones que (sic) nazca la responsabilidad civil del Estado Provincial, ello siempre en relación al lamentable accidente ocurrido en el Paraje 'Laguna Colorada'. A nadie puede escapar para que [sic] dilucidar la suerte de un proceso de daños y perjuicios resulta ineludible para el juzgador abordar ese paso tan elemental: verificar la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Y esto conlleva -ya como una obligación insoslayable del magistrado- la necesidad de verificar si ha mediado relación suficiente entre la conducta reprochada a la demandada y el evento dañoso cuya reparación pretende" (cfr. foja 884). Al respecto agrega "...el magistrado en su rol de juzgado[r] no puede obviar el tratamiento de esta temática. Ergo, ante la ausencia de tal elemental tarea nos encontramos ante una decisión arbitraria que corresponde revocar" (cfr. foja cit.).-

Por otro lado, expresa que: "...sea que el motor de luz estuviera en el interior o exterior de la casilla en ambos casos el protagonismo de la conducta de la víctima ha sido la determinante del trágico desenlace [...] Es insoslayable también en los dos supuestos que se barajan se ha interrumpido el nexo de causalidad necesario para responsabilizar al Estado provincial. En este contexto que la Excma. Cámara de Apelaciones hubiere considerado que en función de lo establecido por el art. 276 del C.P.C. y C. no correspondía el tratamiento de las defensas esgrimidas por esta parte constituye una seria arbitrariedad...el Estado Provincial lo que siempre ha invocado es que no se reunían en el caso los presupuestos necesarios para que nazca la responsabilidad civil de la accionada." (cfr. fs. 885 vta./886).-

Por último se agravia de la distribución de las costas (cfr. foja 897 y vta.) y hace reserva del caso federal (cfr. foja 881 vta.).-

A foja 927 pasan los presentes al acuerdo.-

**III.-** Corresponde en ésta oportunidad efectuar el examen preliminar que establece el artículo 7º del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPCyC conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, a efectos de valorar si se encuentran reunidos los extremos formales que autoricen la admisibilidad del recurso intentado; teniendo en cuenta que -tal cual reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de este Alto Cuerpo- la casación es un sendero extraordinario que no constituye una tercera instancia común, lo que conduce a discernir que para que este Tribunal Superior pueda entrar a revisar el mérito del recurso interpuesto, deben reunirse determinados presupuestos cuya carencia conlleva a la inaceptabilidad del planteo casatorio.-

En primer lugar corresponde realizar una consideración particular sobre la modificación en las razones sustentadas para alegar el hecho de la víctima

que realizó la demandada. Al respecto podemos encontrar que en la contestación de la demanda expresó que la conducta negligente de López Andrade consistió en el traspaso de combustible realizado en el interior de una casilla, pero en la fundamentación de su recurso de apelación, afirmó que realizó la acción en el exterior de la casilla, agregando que el lugar donde se desarrolló la actividad es irrelevante. La Cámara decidió que la recurrente se apartó de los límites formulados por las partes en la faz postulatoria del proceso, intentando hacer valer argumentos que no fueron sometidos al juez de Primera Instancia (cfr. foja 857/ 858 vta.).-

Sabido es que no corresponde en esta etapa extraordinaria adentrarnos al tratamiento de cuestiones que no han sido propuestas en las instancias de grado, porque ello violaría el principio de congruencia. No se puede en esta oportunidad atender las reflexiones tardías de las partes, recuérdese que tal como lo explica Hitters en la casación hay motivos de impugnación reglados en forma expresa, (cfr. "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", 2da. edición, pág. 182) se controla lo decidido en instancias ordinarias y que el recurso tiende a controlar providencias ya dictadas, de ahí entonces que resulten ajenas a este carril aquellas cuestiones que no han sido propuestas en las instancias ordinarias (ob. cit. pág. 613).-

Este Tribunal Superior de Justicia tiene dicho que "…el principio de congruencia consiste justamente en la correlación que debe existir entre la pretensión y la decisión…" (cfr. Sentencia, Tomo IV, Reg. 144, Folio 699/705) y en el mismo orden de ideas "…Sabido es que las argumentaciones que conforman una defensa novedosa por no haber sido sometidas a decisión de los jueces de grado son inatendibles en casación…Así pues, la cuestión bajo análisis debió ser planteada ante la instancia anterior (en el caso, al expresar agravios) y como ello no se hizo, no corresponde su tratamiento en esta etapa…" (cfr. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 549, Folio 3103/3110). En el mismo sentido: Interlocutorios, Tomos XXIII, Reg. 2883, Folio 4549/4554; XXIV, Reg. 2926, Folio 4672/4676.-

Así lo ha decidido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en diferentes antecedentes, al decir "...No puede admitirse una argumentación cuando resulta novedosa en esta sede en tanto no fue propuesta en la etapa en que debió plantearse..." (cfr. sum. "Carranza, Raúl Alberto; Farisano, Nicolás Alberto c/ Jensen, Claudio Oscar "La Perseverancia del Sur S.A. Argentina de Seguros" s/ Daños y perjuicios", del 29/12/2003, causa AC 81938 S; "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Fábrica de plásticos Banfield S.A. y otros s/ Ejecución hipotecaria", del 18/7/2007, causa AC 90419 S; "Fernández, Mirta Lidia c/ Pérez, Néstor Fabián y otro s/ Daños y perjuicios", del 2/3/2011, causa LP C 101286 S; "Batafarano, María Teresa c/ García, Rubén Oscar s/ Escrituración", del 3/7/2013, causa LP 110382 S). En este sentido también ha afirmado que "...Las argumentacio-

nes que conforman una defensa novedosa por no haber sido sometidas a decisión de los jueces de grado son inatendibles en casación..." (cfr. sum. "Sánchez, Manuel c/ Johnson y Johnson de Argentina S.A. s/ Accidente", del 6/4/2004, causa LP L 76299 S; "Daffis, Néstor Abel c/ Club Universitario de La Plata s/ Despido", del 10-11-2010, causa LP L 101407 S; "Ferrario, Fernando Javier c/ Multicanal S.A. s/ Despido", del 15/6/2011, causa LP L 102935 S; "S.M.O. c/ J.B.S.y.o. s/ Daños y perjuicios", del 25/4/2012, causa LP L 106365 S).-

De ello se desprende claramente que las argumentaciones que desarrolla la recurrente no fueron oportuna y suficientemente propuestas al juez de Primera Instancia, lo cual las torna inaudibles -tal como correctamente lo analiza la Cámara-, ya que este Alto Cuerpo se encuentra impedido de resolver sobre capítulos no propuestos en las instancias anteriores, lo que hace devenir infundado el recurso de casación impetrado.-

**IV.-** Si bien lo hasta aquí expuesto lleva, sin más desde el punto de vista formal, a la inadmisibilidad del recurso incoado, vale realizar algunas consideraciones respecto de los demás agravios esgrimidos.-

Del estudio de los fundamentos de la casación, se advierte, que los planteos de la recurrente remiten a temas de hecho y prueba, en principio, ajenos al ámbito de la casación. La impugnación está estructurada en torno a circunstancias fácticas extrañas al carácter sustancial que impregna a la vía extraordinaria provincial.-

Los términos del recurso traslucen que, no obstante invocarse, por la recurrente que la casación se sustenta en la errónea interpretación de la ley, en realidad lo cuestionado es la valoración que han efectuado los jueces de las instancias ordinarias respecto de los hechos y pruebas aportadas a la causa, cuestiones ajenas al ámbito casatorio.-

En efecto, sin perjuicio de que nos encontramos en el análisis de la admisibilidad del recurso interpuesto, se desprende del mismo que la cuestión medular de los presentes autos radica en determinar si la Provincia de Santa Cruz es responsable de los daños producidos a raíz del fallecimiento del Sr. Sergio Marcelo López Andrade, cónyuge y progenitor de los actores, planteo que, tal como ha sido efectuado, llevaría en su caso a un nuevo análisis de los hechos en los que se produjo la muerte de aquél.-

La controversia recae, pues, sobre una cuestión fáctica, inadecuada, por ende, para habilitar el remedio excepcional de la casación.-

Es doctrina de este Tribunal, con relación a la atribución de responsabilidad en una demanda resarcitoria de daños y perjuicios, que " '...las circunstancias que llevan a establecer la responsabilidad ante un siniestro, como

determinar la relación entre un hecho, y el daño, conforman típicas cuestiones de hecho cuya apreciación se encuentra reservada a los jueces de grado y excluida de la censura en casación, salvo el supuesto excepcional del absurdo en la apreciación de la prueba...' ..." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 446, Folio 2431/2439).-

Asimismo, sobre la materia que estamos tratando, también se ha postulado que: "...'Es de la competencia de la justicia de mérito determinar el grado de culpa que, de hecho, cada protagonista ha tenido en el acaecimiento del siniestro' (confr. SCBA, Ac 35095 S 22-10-1985. 'García, Julio César c/ Cantarella, José y otro s/ Indemnización daños y perjuicios'). Finalmente que '...la apreciación de la prueba, a los fines de la determinación de la culpa, es cuestión reservada a los jueces de los hechos y exenta de casación, salvo que se acredite que tal apreciación se ha efectuado con infracción a las reglas de la sana crítica, o con violación de las leyes de la prueba o en forma manifiestamente absurda' (confr. SCBA, Ac 33386 S 21-8-1984, 'Ronchetti, Oscar Alberto c/ Fulvio, Fazio Lidio Hugo s/ Daños y perjuicios', Ac 34916 S 24-9-1985, 'Vitola, Juan o Juan Francisco (sucesión) c/ Simonetta, Rafael y otro s/ Resolución de boleto de compraventa', Ac 44510 S 28-12-1993 'Moreschi de Gómez, Iris Violeta y otros c/ Modulfer Berisso S.R.L. y otra s/ Daños y perjuicios')." (cfr. TSJ Santa Cruz, Interlocutorio, Tomo XXIII, Reg. 2834, Folio 4440/4443).-

La Cámara sostuvo que el apelante tan sólo se limitó a expresar que la casilla y el entorno donde se produjo el hecho no podrían calificarse de ideales, sin aportar la demandada ningún elemento tendiente a desvirtuar las conclusiones de la sentencia de Primera Instancia respecto del riesgo de la cosa y las condiciones en las cuales desarrollaba sus tareas el Sr. López Andrade, ni tampoco, entiende la Cámara, indicó en modo alguno como debió desarrollar su labor el mencionado para ser calificable como diligente en un escenario palmariamente desfavorable. Todo lo cual nos introduce en un tema de índole fáctico, directamente relacionado con el examen del material probatorio adunado a la causa.-

Ello así pues, los argumentos esbozados por la recurrente no logran alterar la doctrina de este Tribunal, que establece "...que las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba, monto de las condenas, en cuanto a su cálculo aritmético y quantum (señalados precedentemente como inc. a) b) y c) son, en principio, ajenas al ámbito de la casación, en la medida en que no se demuestre que el fallo atacado adolezca de arbitrariedad o que haya violado o aplicado erróneamente la ley..." (cfr. Interlocutorio, Tomo XXIII, Reg. 2836, Folio 4447/4450).-

**V.-** Tampoco puede prosperar la denuncia de arbitrariedad de sentencia interpuesta, toda vez que no se observa en el recurso interpuesto fundamentos suficientes y adecuados que permitan el acceso a esta instancia extraordinaria.-

Sobre la materia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha expresado que para darse el supuesto de sentencia arbitraria, a los efectos de ser atendida en una instancia extraordinaria de revisión, '"...tiene que existir un apartamiento inequívoco de la solución normativa, prevista en la ley, o una falta absoluta de fundamentación'. Por lo tanto 'debe demostrarse que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia, que ella exterioriza, carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la valoración de las probanzas" (cfr. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", 2da. edición, pág. 479/480, SCBA, Ac. 24.739, 'Díaz de Giocco, Carmen c/ Fundiciones en matrices Junker S.A. Despido y salarios', del 21-III-978, DJBA, v. 114, nº 8325. Idem, Ac. 24.985, 'Acebey de Dega, J.E c/ Cía. Swif S.A. Enfermedad accidente', del 19-VIII-78; Ac. 25.048, 'Correa de A.A. V. c/ Cía. Swif S.A. Enfermedad accidente', del 15-VIII-78, DJBA, v. 116 p. 54.).-

Entiende este Alto Cuerpo que el mencionado vicio se produce cuando nos encontramos ante " '…un desvío lógico, una falla del razonamiento, la incongruencia o el grosero error material en la interpretación de algún elemento probatorio, que llevará a sentar premisas incompatibles con las reglas de la común experiencia o contradichas por piezas fehacientes de la causa, en grado tal que justifiquen su revisión por la última instancia provincial…' (confr. Tomo VII, Sentencia, Reg. 254, Folio 1383/1389; Tomo VII, Sentencia, Reg. 255, Folio 1390/1394, entre otros)." (cfr. Interlocutorio, Tomo XXIV, Reg. 2903, Folio 4602/4606).-

En igual sentido, se ha expedido este Tribunal: " '…la doctrina de la arbitrariedad no ha sido instituida para corregir sentencias equivocadas, o que el recurrente estime tales según su criterio, sino que atiende sólo a supuestos de gravedad extrema, en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación' " (cfr. Interlocutorio, Tomo III, Reg. 282, Folio 457/458); circunstancias, estas últimas, que no acontecen en autos, por el contrario y más allá de que se comparta o no el criterio de la Cámara, no surge de su pronunciamiento una valoración parcializada irracional o absurda del material probatorio de autos.-

Este Tribunal ya ha señalado, en reiteradas oportunidades, que al meritar la prueba los jueces son libres en la selección de los medios probatorios e indiciarios que los conducen a establecer los hechos, y de optar por aquellos que les ofrecen mayores garantías de eficacia en el descubrimiento de la verdad, ya sea omitiendo o haciendo prevalecer unos u otros, por lo que esta temática queda -por regla- excluida del control casatorio (cfr. Interlocutorios, Tomos XXVI, Reg. 3034 Folio 4906/49096 y XXVII, Reg. 3172, Folio 5215/5218).-

Así, constituye una cuestión fáctica evaluar la conducta desplegada por las partes en el suceso, para establecer sobre quien recae la responsabilidad. Materia reservada a las instancias ordinarias que sólo podrían abrir la puerta de la casación en la hipótesis que se alegara y fundara adecuadamente el absurdo en la valoración de la prueba, lo cual, tal como se explicó precedentemente, no ha ocurrido en el presente.-

En síntesis, al ser la cuestión planteada ajena al ámbito de la casación, el medio recursivo en estudio deviene improcedente, más aún cuando los agravios traídos no logran conmover las estrictas pautas de admisibilidad de la vía extraordinaria intentada.-

**VI.-** En lo que concierne a la condena en costas, cabe realizar algunas consideraciones.-

Al respecto, este Alto Cuerpo ha sostenido: "…'…se encuentra detraída al conocimiento en casación por constituir una típica cuestión de hecho y de derecho procesal que escapa al control de esta instancia; constituyendo un principio general la irrevisibilidad sobre la base de que aquella imposición es facultad privativa de los jueces de grado, siendo el tema ajeno a la instancia extraordinaria, salvo cuando las costas se impusieran a quien no resultare vencido, o que exista inequidad en los criterios de distribución (cfr. SCBA, AyS, 1973-II-482; ídem, 1974-I-1125; ídem, 1977-I-998; ídem, 1977-III-578 y 704; ídem, 1978-III-579; DJBA, 118-322, 121-134, 123-335, 127-257, 130-182, 132-29; TSJ Santa Cruz, Tomo I, Interlocutorio, Reg. 115, Folio 189/190; ídem, Tomo I, Interlocutorio, Reg. 104, Folio 169/170; ídem, Tomo II, Interlocutorio, Reg. 149, Folio 241/242; ídem, Tomo V, Interlocutorio, Reg. 868, Folio 993/994; ídem, Tomo II, Sentencia, Reg. 85, Folio 375/378)…' " (cfr. Interlocutorio, Tomo XXVI, Reg. 3161, Folio 5187/5192).-

En efecto, el intento recursivo no puede prosperar ya que esta vía extraordinaria está vedada, en principio, al planteo sobre imposición de costas. Las impugnaciones que se susciten en estos casos, no pueden sino fenecer en los Tribunales ordinarios salvo absurdo o arbitrariedad tal como se expresó en los fallos citados. Circunstancia que no se advierte en autos.-

Que, en virtud de lo expuesto, doctrina, jurisprudencia citada y ante la insuficiencia del requisito formal establecido por el artículo 4° inciso a) del libro I, título IV, cap. IV, sec. 6°, parágrafo 2° -Recurso de Casación- del CPC y C conforme Ley N° 3453/15 -Decreto N° 2228/15 corresponde declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Estado Provincial, a fs. 881/897 vta., en consecuencia revocar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción, obrante a fs. 907/910 vta., de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Libro I, Título

IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, teniendo presente la reserva del caso federal efectuada.-

Por ello, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

**RESUELVE:**

**1º)** Hacer lugar a la excusación deducida por la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández a foja 929.-

**2º)** Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Estado Provincial, a fs. 881/897 vta. y, en consecuencia, revocar la resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 907/910 vta.-

**3º)** Tener presente la reserva del caso federal.-

**4º)** Regístrese. Notifíquese y oportunamente devuélvase.-

La presente resolución se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse aceptada la excusación de la Sra. Vocal, Dra. Reneé Guadalupe Fernández (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley Nº 2404).-

**PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS**
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

**DANIEL MAURICIO MARIANI**
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

**ENRIQUE OSVALDO PERETTI**
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

**ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU**
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

Siguen…///

///…las firmas.-

**MARCELA SILVIA RAMOS**
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia