

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, catorce de octubre de dos mil trece

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "GENUARIO ALZA, WALTER RAUL Y OTRA C/ MINISTERIO DEL INTERIOR - HECHO - CASACION", IUE: 2-9398/2004.

RESULTANDO:

I.- Por sentencia definitiva de Primera Instancia No. 0110-100044/2011 dictada el 25 de noviembre de 2011 por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno, se falló: "Ampárase parcialmente la demanda y en su mérito, condénase a la parte demandada a pagar a la parte actora los rubros daño material y daño moral conforme estimación realizada en los considerandos Nales. 2 y 6. Desestímase la demanda en lo demás. Sin especial condena procesal en el grado. Fíjese los honorarios definitivos de la perito médico legista y del perito contador intervinientes en la suma de 50 U.R. para cada uno..." (fs. 799/810).

II.- Por sentencia definitiva de Segunda Instancia No. 260 dictada el 17 de octubre de 2012 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno, se confirmó la sentencia apelada, salvo el daño emergente, que lo fijó en el equivalente a U\$S12.500 y se dejó sin efecto la condena por daño moral (fs. 877/895).

III.- La parte actora interpuso recurso de casación (fs. 899/941).

En síntesis expresó:

- Se violó y aplicó en forma errónea lo dispuesto por el art. 24 de la Constitución y arts. 1.319, 1.323, 1.324, 2.239, 2.285 y 2.287 del Código Civil, en tanto la Policía incautó la posesión de multitud de bienes de pertenencia de los actores y se constituyó en secuestre judicial por resolución del Juzgado, recibiendo por tanto los bienes incautados -cosa ajena en depósito- con la obligación de restituirlos.

- Se vulneraron disposiciones esenciales para la garantía del debido proceso. Se invirtió la carga de la prueba; se dio ingreso a prueba inadmisibles como el peso y tasación de la "escoria", sin tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

- Se infringió y se incurrió en errónea aplicación de las siguientes normas: art. 140 del C.G.P. (valoración racional de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa); art. 141 del C.G.P. (a falta de reglas legales para inferir del hecho conocido el desconocido, se aplica reglas de la experiencia); arts. 165 y ss. C.G.P. (valoración de la prueba); art. 184 del C.G.P. (apreciación del dictamen pericial en caso de derechos disponibles según reglas de la sana crítica).

La Sala incurrió en errónea aplicación de las citadas normas cuando las utilizó como fundamento para exonerar de la responsabilidad legal al secuestre judicial por el incumplimiento de sus obligaciones legales (obligación legal de realizar un inventario completo de los bienes incautados determinando el estado de conservación en que los recibe y restituir la cosa depositada).

- Además, para tasar el daño material de los bienes relacionados en el considerando III que quedaron depositados y no fueron devueltos, se apartó del dictamen pericial so pretexto de aplicar las reglas de la sana crítica y reglas de la experiencia (arts. 140 y 141 del C.G.P.) y ante la imposibilidad de cuantificar exactamente todos los objetos indicó que el "quantum" deberá determinarse conforme al prudente arbitrio judicial.

Tal evaluación no constituye un caso de aplicación de las reglas de la sana crítica, sino una arbitrariedad, pues no existe en autos constancia alguna de cuánto pesan los bienes tenidos por chatarra "escoria", ni cuál es el precio por Kilo de la misma que supuestamente manejó el Tribunal.

- No sólo se aplicaron en forma errónea los arts. 140 y 141 del C.G.P., sino que la prueba en que se fundó el Tribunal resulta ser prohibida por inadmisibile al no haber sido incorporada en autos (arts. 144.1 y 24 nal. 6 del C.G.P.).

- No obstante el reconocimiento del Tribunal de que el depositario no cumplió con sus obligaciones, al no entregar la totalidad de los objetos incautados que fuera ordenada por la Sede penal competente y algunos se encontraban en pésimo estado de conservación debido a que se los depositó durante años a la intemperie, la Sala disminuyó la responsabilidad del secuestro que no devolvió lo incautado y pretendió trasladar a la parte actora la responsabilidad del incautador y secuestre por omitir la Policía el cumplimiento de sus obligaciones al no realizar el debido inventario.

- La falta por las omisiones del secuestre al no practicar un inventario completo y circunstanciado, donde se estableciera además el estado de conservación de los bienes secuestrados al tiempo de la incautación, son de entera obligación del secuestre y no pueden trasladarse al sujeto pasivo: a la persona a quien se le incautan y secuestran los bienes.

- No sólo no se cumplió con la reparación del daño que se ocasionó por la falta de servicio (art. 24 de la Constitución y demás disposiciones citadas), sino que además la Sala trasladó a la parte actora obligaciones que son propias del secuestre (realizar inventario y conservar los bienes en depósito) y que la Ley no pone de cargo de los actores, por lo que se violó igualmente lo dispuesto por el inc. 2 del art. 10 de la Constitución, al no estar obligados a hacer lo que no manda la Ley.

- En definitiva, solicitaron se case el fallo recurrido, y en su mérito, se ampare la demanda, acogiendo todos los rubros, condenando a la demandada a pagar a los actores la totalidad de las sumas reclamadas.

IV.- Conferido traslado del recurso (fs. 943), fue evacuado por la representante del Estado - Poder Ejecutivo - Ministerio del Interior, quien por los fundamentos que expuso, solicitó se rechace por inadmisibile el recurso de casación de marras (fs. 945/948 vto.).

V.- Elevados y recibidos los autos (fs. 955), se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 956 vto.), quien -en cuanto a los agravios examinados- dictaminó aconsejando su rechazo (fs. 958/959).

VI.- Previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal y oportuna.

#### CONSIDERANDO:

I.- La Corporación, por unanimidad de sus integrantes, hará parcialmente lugar al recurso de casación

deducido y, en su mérito, casará la sentencia impugnada en cuanto abatió el monto de indemnización del daño emergente, punto respecto del cual se confirmará la sentencia de primera instancia; y en cuanto desestimó la reparación del daño moral del actor Walter Genuario, rubro que acogerá y fijará en la suma de U\$S5.000.

II.- La parte recurrente se agravió por cuanto, a su entender, el Tribunal no aplicó correctamente las normas relativas a la reparación del daño por responsabilidad del dependiente ni las normas sobre depósito y restitución de bienes secuestrados. Asimismo, indicó que la Sala realizó una valoración de la prueba contraria a las reglas de la experiencia y de la sana crítica.

Quienes suscriben el presente dispositivo estiman procede hacer lugar al agravio deducido, por cuanto asiste razón a los recurrentes.

Sobre el punto, cabe recordar que en relación a los reclamos fundados en la responsabilidad del Estado, resulta relevante para el éxito de la reclamación, que el particular que invoca la responsabilidad de la Administración, pruebe la existencia de una falta de servicio, esto es, que el servicio no funcionó, funcionó tardíamente, o funcionó mal, lo cual quedó de manifiesto en el presente caso.

En tal sentido, en Sentencia No. 97/98 la Corporación expresó: "... el art. 24 de la Carta no determina en qué casos surge la responsabilidad de la Administración; entiende que dicha norma simplemente sienta el principio general de la responsabilidad directa del Estado, excluyendo la responsabilidad personal de los funcionarios. Se afilia a la concepción subjetiva de la responsabilidad del Estado, coincidiendo con la opinión de los Profesores Enrique Sayagués Laso y Daniel H. Martins, así como con la jurisprudencia mayoritaria, que se basa en el concepto de falta de servicio para determinar cuando surge responsabilidad de la Administración".

Asimismo, como indicó la Corte en Sentencia No. 40/2001: "No basta con que en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección del Estado se cause un daño, para que surja la obligación de repararlo, es necesario que el Servicio no funcione, que funcione con demora o irregularmente (Cf. Sent. No.125/95). Según Sayagués Laso (Tratado de Derecho Administrativo, t. 1, pág. 661): Si el servicio no funcionó, si funcionó con demora o si funcionó irregularmente, deriva responsabilidad. En el mal funcionamiento del servicio, quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido....".

III.- Ambos órganos de mérito fueron contestes en que conforme los hechos tenidos por probados en autos, existió un mal funcionamiento del servicio que determina el nacimiento de la responsabilidad invocada por los actores, solución que se comparte "in totum".

Así, el propio Tribunal en el Considerando II señaló: "... indudablemente existió abuso del poder de policía por parte de los funcionarios actuantes en los allanamientos al proceder a incautar todos los bienes que entendían no poseían 'documentación suficiente', así como documentación que ni siquiera se detuvieron a individualizar debidamente, todo lo que a la postre no pudo ser vinculado -en su inmensa mayoría- con ilícitos, a excepción de lo que justificó el inicio del procedimiento penal por receptación. Luego, también en la necesaria guarda de los bienes hubo ausencia de la más mínima diligencia en la preservación de los mismos.

Tal transgresión a las obligaciones funcionales por parte de los policías encargados de los procedimientos y de la custodia, configura ilicitud que compromete la responsabilidad del Estado (art. 24 de la Constitución y art. 1324 del C. Civil - responsabilidad por hecho del dependiente). Se integra la normativa general constitucional con las normas de derecho privado aplicables a la responsabilidad contractual o extracontractual (DE CORES, ADCU T. XII p. 399 y s.)" (fs. 879).

La transcripción efectuada de parte de la sentencia dictada por el "ad quem", no merece ningún reproche.

Ahora bien, la Sala efectuó una prolija enumeración con relación a las diversas reclamaciones formuladas relativas a la documentación, su falta de vinculación con los perjuicios invocados, así como los diversos automotores incautados, partes de vehículos, cortadoras de césped, equipos de audio, parlantes y herramientas varias, correlacionándolas con las actas labradas, determinando en cada caso la responsabilidad de la Administración en su indemnización.

No obstante existir un dictamen pericial que los avalúa en U\$S41.037 más \$2.005.687 que no fuera impugnado por las partes y que fuera morigerado por el órgano de primer grado por las dificultades planteadas por el perito, el órgano de alzada lo determinó "... en función del prudente arbitrio judicial..." en U\$S12.500 (fs. 892/893), solución que no se comparte.

Sobre los dictámenes periciales, la Corte ha indicado que: "Si el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél.

Para apartarse de sus conclusiones el Tribunal deberá fundarse en razones serias, que demuestren en forma objetiva o bien que no tiene fuerza de convicción suficiente, o que se han violado principios lógicos o máximas de la experiencia o que existen en el proceso otras pruebas de mayor eficacia acerca de la verdad de los hechos controvertidos" (Cfe. Landoni, "La prueba pericial con especial referencia al proceso civil" en "XI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", pág. 234, Sentencias Nos. 352/2004, 11/2008 y 110/2009).

En la especie, el perito señaló a fs. 747 que debido al tiempo transcurrido del acaecimiento de la actividad comercial, fue muy difícil obtener respuestas positivas de las empresas consultadas sobre los precios de los repuestos manejados en la época, inconveniente que no permitió contrastar los precios de los repuestos entre varios proveedores de forma de ponderar mejor los mismos, por lo que actualizó los bienes, evaluándolos a valor de reposición a la fecha de presentación del informe, lo que determinó que el órgano de primer grado, fundado en tal circunstancia, lo abatiera a U\$S25.000.

Por su parte, la Sala disminuyó aún más la referida suma por entender que "... el valor en definitiva de la mayoría de los bienes es equivalente al peso de la chatarra correspondiente" (fs. 892), afirmación que, conforme entiende la Corporación, se aparta del criterio de razonabilidad y ponderación que debe observar el "prudente arbitrio judicial" en el que se fundó el "ad quem" para adoptar la decisión referida al quantum a indemnizar.

Sobre el punto, se estima ajustada a las circunstancias de autos la valoración practicada por el órgano de primer grado.

Los bienes no eran chatarra al momento de ser incautados. En este sentido, la Corte estima que el hecho de que la conducta ilegítima de la Administración pública demandada haya llevado al deterioro de los objetos, no puede servir de base para una disminución tan grande de la cifra de condena impuesta en primer grado.

IV.- Por último, con respecto a la indemnización del daño moral de los actores, el agravio es parcialmente de recibo.

Con relación al daño moral invocado por la concubina Manuela Mendieta, se comparte la solución adoptada por la Sala, ello por cuanto, no se ha acreditado en autos que haya existido efectivo padecimiento de la co-actora a consecuencia de los hechos de autos que determinara la recepción del rubro.

En la especie, no se trata de un daño que se prueba "in re ipsa", por lo que, al no haberse probado el daño sufrido por la concubina Manuela Mendieta, no se justifica su indemnización. Como indicó la Sala, la actora tenía el "onus" de demostrar la existencia del rubro, por lo que, en la medida que los testigos refirieron a aspectos genéricos, no hay elementos de convicción suficiente que acrediten que la co-actora se haya visto afectada, lo que determina el rechazo del rubro a su respecto.

Diversa resulta la situación del actor Walter Genuario en tanto el daño moral invocado encuentra su fundamento en el acto de abuso en el ejercicio de la autoridad policial, que no sólo incautara bienes que no estaban dentro del delito por el que se le procesara sin prisión, sino que además incumpliera con su deber de custodia al no haber tomado las mínimas medidas para su conservación durante el extenso tiempo que estuvieron depositados a la intemperie, lo que determinó su deterioro y depreciación.

Asimismo, surge de autos que el promotor petitionó en varias oportunidades la devolución de los efectos incautados. El 28 de julio de 1998 el co-actor solicitó expresamente le fuera entregada la documentación personal (fs. 28) y el 8 de octubre de 2002 presentó ante el Ministerio del Interior denuncia por las actuaciones cumplidas por la Policía de Maldonado en su perjuicio (fs. 280), lo que demuestra el padecimiento sufrido por tal circunstancia, rubro que se estima adecuado fijarlo en U\$S5.000.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia por unanimidad,

FALLA:

HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO, REVOCANDO EN SU MERITO LA SENTENCIA IMPUGNADA EN CUANTO ABATIO EL MONTO DE INDEMNIZACION DEL DAÑO EMERGENTE, CONFIRMANDO EN SU LUGAR EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA; Y EN CUANTO DESESTIMO LA REPARACION DEL DAÑO MORAL DEL ACTOR WALTER GENUARIO, FIJANDO LA SUMA EN U\$S5.000.

SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.  
OPORTUNAMENTE, DEVUELVA.