------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 05 días del mes de mayo del año dos mil ocho, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia, con la Presidencia de su titular Dr. José Luis PASUTTI y asistencia de los señores Ministros Dres. Fernando Salvador L. ROYER y Daniel Luis CANEO para dictar sentencia en los autos caratulados: "**S., V. H. c/ Provincia del Chubut y otros s/ Daños y Perjuicios**" (Expte. Nº 21.139-S-2007) y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 283, de conformidad con las Acordadas Nº 3202 y 3204 y Acuerdo Plenario Nº 3699/08, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. Fernando S.L. ROYER, Daniel Luis CANEO y José Luis PASUTTI.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Apelación interpuesto? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la Primera cuestión el Dr. ROYER dijo:----------

------ **ANTECEDENTES**:

------ A fs. 153/157 el Magistrado de Primera Instancia, Dr. Claudio PETRIS, mediante Sentencia Interlocutoria Nº 445/06, resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 138 de la Ley

Nº 920 y hacer lugar a la excepción de falta de habilitación de instancia por inexistencia de reclamo administrativo previo, planteada por la demandada como defensa de previo y especial pronunciamiento.----------

------ Dicha decisión fue apelada por la parte actora a fs. 159, fundó el recurso a fs. 161/165 vta. La demandada contestó los agravios a fs. 167/186, y recusó sin causa en la misma presentación al Dr. Benjamín MOISÁ.----------

------ A fs. 212/215 se pronuncia la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel. En primer lugar exponen que no es admisible la recusación con o sin causa inoportunamente anticipada de un juez que deberá entender en el pleito, pues cabe darle al magistrado la oportunidad de excusarse sin necesidad de recusación, si hubiese alguna causal y que en consecuencia en consideración a que el Tribunal, recién puede ejercer su jurisdicción al momento de dictar su primera providencia, la recusación formulada contra el Dr. Benjamín MOISÁ resulta inadmisible por prematura.----------

------ A continuación y con la disidencia del Dr. Günther Enrique FLASS, el "a quo" resuelve revocar en todas sus partes la sentencia Nº 445/06; declarar la inconstitucionalidad del art. 138 de la Ley Nº 920 y rechazar la excepción de falta de habilitación de instancia por falta de reclamo administrativo previo opuesta por la demandada "Provincia del Chubut". Adecua las costas y los honorarios regulados en Primera Instancia y regula los correspondientes a la actuación por ante la Alzada.----------

------ **EL RECURSO**:

------ La demandada, "Provincia del Chubut" expresa agravios a fs. 254/271 vta. Sostiene que el pronunciamiento de la Alzada al apartarse de principios rectores establecidos por este Superior Tribunal en cuanto a la constitucionalidad del art. 138 de la Ley Nº 920; socava la seguridad jurídica en la Provincia al dejar la resolución de la cuestión a la suerte de la radicación de la causa.-----

Expone que aquella sentencia, desconoce la jurisprudencia del Cuerpo en cuanto ha dejado sentado que la reclamación administrativa previa es requisito para ejercer la acción civil fundada en derecho común.----------

Señala que no se trata de un privilegio, sino de un requisito como lo son -entre otros- que se cumpla con el art. 55 de la Ley Nº 4558 o con la declaración jurada de la Ley Nº 1806; que no constituye la reclamación previa un obstáculo, ni violación a los derechos a pretender, sino pasos rituales que deben necesariamente recorrerse para luego obtener una sentencia válida.----------

No cabe duda -dice- que dentro del marco constitucional de la Provincia el acceso judicial es libre, sólo a través de la Ley Nº 920, se ha reglamentado el ejercicio de la norma constitucional, requiriéndose como cuestión previa ocurrir en forma previa a la instancia administrativa y otorgar con ello la posibilidad de que el Estado, en beneficio del interés general y sin mayores gastos -como lo son las costas- repare los daños causados y hay en ello un interés público y general ínsito en la cuestión ante el cual debe ceder el interés particular.----------

A continuación expresa que en el fallo dictado en los autos H. G. decidió la constitucionalidad del art. 138 de la Ley Nº 920 y con ello sentó su criterio a los efectos de uniformar la jurisprudencia de los tribunales inferiores, lo cual es en definitiva la doctrina legal vigente.----------

Efectúa luego una reseña de la evolución histórica de la denominada "reclamación previa"; alude a párrafos de los Ministros que votaran en autos H. G. y desmiente, en función de los argumentos que expone, que exista contradicción o colisión entre lo dispuesto en el art. 98 de la Constitución Provincial y la preceptiva del art. 138 de la Ley Nº 920, del modo en que lo pretenden demostrar los iudicantes.----------

Destaca las bondades de la reclamación administrativa previa, tal la posibilidad de lograr una solución preventiva extrajudicial y evitar así el dispendio jurisdiccional como también la certeza del cumplimiento de la obligación, pues se descarta la posibilidad de insolventarse por parte del Estado.----------

Insiste en que las normas que consagran el reclamo administrativo previo como condición previa a demandar, no resultan un privilegio en detrimento de los derechos de un particular, sino un recaudo tendiente a cumplimentar con objetivos que en definitiva redundan en beneficio de los administrados, sean porque disminuyen costos, protegen la legalidad y tienden a la concreción final de los intereses, sean éstos económicos o jurídicos en pos de los que debe actuar el Estado finalidad última de su existencia.----------

------ Concluye la exposición de sus agravios afirmando que tratándose de una pretensión resarcitoria sostenida en el derecho

común, correspondía sin lugar a dudas y como condición previa a la acción judicial, intentar la reclamación en sede administrativa. Pide en consecuencia se revoque el fallo del Tribunal de Alzada que decidió en contrario.----------

Capítulo aparte, y para el improbable caso de que este Cuerpo no revoque la sentencia, en forma subsidiaria a sus argumentos principales, plantea la nulidad del mismo decisorio, atento a que la misma no se ha elaborado con los votos necesarios para conformar la mayoría; habida cuenta que uno de los Magistrados votante, el Dr. Benjamín MOISÁ había sido debidamente recusado sin expresión de causa, en la primera intervención que se tuvo frente a la Alzada, cual fuera la contestación de los agravios de la apelante.--

Sostiene que cualquier artilugio interpretativo que se busque a la ley para hacerle decir lo que ella no dice, con el único fin de permanecer juzgando, cuando ha sido recusado, genera que el pronunciamiento dictado se convierta en nulo de nulidad absoluta al no existir mayoría, y que en el fallo pretendidamente nulo se constata la existencia de un voto válido a favor de la revocatoria del decisorio de Primera Instancia y uno válido en favor de su confirmación.----------

Agrega que no se le ha notificado jamás la conformación del Tribunal que iba a conocer del Recurso de Apelación.----------

Se refiere a la interpretación que ha de dársele al art. 14 del CPCC.; señala que no hay duda de que la recusación no podrá deducirse pasada la oportunidad que prevé el precepto, mas nada indica que no pueda efectuarse al tiempo de la primera presentación por ante la Cámara de Apelaciones o la única presentación como en este caso. Tras explayarse sobre el instituto de la recusación, sostiene

que un pronunciamiento que tan sólo tiene dos votos discrepantes y contrarios entre sí no es válido. En definitiva solicita a este Superior Tribunal que en caso de no atender el agravio motivo de la Apelación Ordinaria, declare la nulidad de la sentencia y se disponga la reedición del acto procesal anulado.----------

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

------ En no pocas oportunidades, este Superior Tribunal de Justicia ha debido principiar sus fallos con un recordatorio acerca de la naturaleza jurídica del remedio intentado, cuando luego de transitar por la lectura de la pieza recursiva advierte sin más, su inadmisibilidad formal.----------
Y ésta no será la excepción, así ha de señalarse que el recurso deducido se encuentra previsto en el art. 254 del CPCC, el cual habilita su procedencia en los casos contemplados en el artículo 32 inc. 7° de la Ley Nº 37 y remite la norma al primer recaudo que debe cumplirse inexcusablemente, cual es que la sentencia debe poseer el carácter de definitiva. La omisión de tal requisito configura la causal de inadmisibilidad.----------

------ En las mismas oportunidades el Cuerpo ha clarificado adecuadamente los alcances del concepto de sentencia definitiva a los fines de la admisión del recurso que trato. Ha puntualizado que es aquélla emanada de una Cámara de Apelaciones, que dirime la controversia, poniendo fin al proceso o impidiendo su continuación y priva al interesado de remedios legales ulteriores para la tutela de sus derechos. Este concepto es mucho más acotado que para el

Recurso de Apelación previsto en el art. 242 y sgtes. del CPCC, sujeta su procedencia en exclusividad para el supuesto del inc. 1º, es decir las contempladas en los arts. 164 y 165 del ordenamiento ritual; por lo que no procede contra sentencias interlocutorias, ni providencias simples aunque causen gravamen irreparable.----------

------ De igual modo el análisis de sus condiciones de admisibilidad permite concluir que son más estrictas que respecto del Recurso Extraordinario previsto en el art. 286 y aún respecto del previsto en el art. 14 de la Ley Nº 48, pues en tales hipótesis va de suyo que son admisibles en supuestos de resoluciones que causan gravamen irreparable, equiparable a sentencia definitiva.----------

------ De ese modo se ha señalado en SD. Nº 23, 27/SRE/97; y más recientemente en SD. Nº 03/SROE/06 que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que este Cuerpo ha adherido, viene estableciendo que el Recurso de Apelación Ordinaria, funciona restrictivamente; y que, a los efectos de su procedencia, el concepto de sentencia definitiva reviste carácter más ajustado y limitado que para el recurso extraordinario, tanto en su calificación como en su extensión (RODRÍGUEZ-ROSSI, "Apelación a la Corte Suprema y otras posibilidades recursivas", pág.193). De esta suerte, que sólo se consideran tales, las que ponen fin a la controversia o impiden su continuación, privando al interesado de los medios legales para la tutela de sus derechos; las que ponen fin al pleito y resuelven la causa con fuerza de cosa juzgada, y no hace excepción a este principio la circunstancia de invocarse un gravamen irreparable. (CS.Fallos: 249:172; 259:312;

261:178; 265:179; 275:271; 300:152; 302:927; 303:870; 305.141; 308:1636; EL 17-402, Febrero 18-992 “Banco del chaco c/Banco Central” LL.1992-B-410; DJ.1992-I-1109; STJCH SD. Nº 53/91; 5/92, entre otras).----------

------ He de prevenir que tal restricción recursiva no es antojadiza, sino que deviene como corolario de la propia naturaleza y finalidad específica del Recurso Ordinario de Apelación, el que tiene por objeto proteger los intereses del fisco y conceder mayor seguridad de acierto a las sentencias que deciden cuestiones que comprometan el patrimonio de la Nación (en el caso del recurso del orden federal) o la Provincia (en el supuesto local) (Conf. Guido Santiago TAWIL, “Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia”, Ed. Depalma, 1990, pág.53).----------

------ En el sub-lite no es sentencia definitiva, la que resuelve declarar inconstitucional el requisito establecido por el art.138 de la Ley Nº 920 y por consiguiente revoca el decisorio de primera instancia que hizo lugar a la excepción de falta de habilitación de instancia, pues de modo alguno pone fin al proceso. Claramente lo expone Guido S. TAWILL, “El Recurso Ordinario de Apelación, no resulta en principio admisible respecto a aquellas resoluciones que resuelven en materia de excepciones, dado que el citado pronunciamiento no reviste carácter de sentencia definitiva. Existen, sin embargo algunos supuestos que escapan a la regla. En efecto, el recurso ordinario de apelación procede contra la resolución que deniega la habilitación de instancia, pues en tanto se prive al recurrente del medio legal para obtener la tutela de su

derecho, se debe reputar como sentencia definitiva". No es el caso de autos, pues precisamente el fallo de autos habilita plenamente a aquélla, cuando sostiene que el reclamo administrativo previo es una exigencia inconstitucional.----------

------ Lo expuesto hasta aquí resultaría harto suficiente para desestimar sin más el recurso deducido, si no fuera, porque se ha denunciado también la nulidad de la sentencia pronunciada en la Alzada.----------

------ Al respecto merece una consideración previa la técnica recursiva utilizada en la presentación de fs. 254/271 vta. en cuanto en la misma se expone en primer lugar lo que a juicio del apelante constituyen "vicios in iudicando" de la sentencia y luego, en forma subsidiaria -es decir para el caso de no prosperar dichos agravios- la nulidad del fallo ante la presencia de vicios "in procedendo". Indudablemente no es en modo alguno la mejor estrategia procesal. El tribunal en revisión ha de efectuar el juicio de razonabilidad, legalidad y justicia de la sentencia, tras verificar la regularidad procesal de la misma en cuanto al cumplimiento de las formas y solemnidades que para su dictado prescriben las leyes, pero sería contrario a las reglas de la lógica efectuar un examen inverso.---------
Por otra parte al peticionar la revocación o modificación de la sentencia, se está, implícitamente aceptando que no existe causal de nulidificación. Señalan MORELLO, PASSI, SOSA, BERIZONCE, ("Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nacion", Ed. Platense-Abeledo PERROT. año 1971) que "El apelante tiene la carga de agraviarse explícitamente sobre la

nulidad de la sentencia, denunciando con **autonomía,** en el escrito de impugnación, cuáles son los defectos del pronunciamiento al respecto; en caso contrario y versando el contenido propio de la expresión, con que se motiva el recurso de apelación, sobre los errores de juzgamiento, no habrá por consentimiento, apertura funcional de la alzada acerca de la nulidad de la sentencia. La fundamentación del recurso de nulidad debe hacerse en la oportunidad de expresar agravios en el recurso de apelación concedido libremente, o en el memorial en el concedido en relación, pero no debe fundarse en subsidio del recurso de apelación".Conf. Roberto G. LOUTAYF- RANEA "El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil" (Ed. Astrea año, 1989, pág.434).----------

En este mismo orden de ideas este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que los remedios legales para impugnar pronunciamientos judiciales tienen autonomía conceptual y normativa y deben deducirse de manera directa y principal, ya que no tienen viabilidad los ataques subordinados a la suerte de otro medio de cuestionamiento interpuesto en primera línea..." (SD. Nº 04/SROE/05).----------

------ Lo dicho "supra", no resulta óbice para que el Cuerpo se pronuncie sobre la nulidad denunciada, pues ha de asumir de oficio el control extraordinario de legalidad respecto de la constitución del tribunal, desde las circunstancias previas al dictado del decisorio habida cuenta que esa legalidad es un componente del debido proceso.----------

A su servicio la ley prevé dos procedimientos garantizadores del mismo: la recusación y la excusación. La observación de una infracción de orden procesal respecto de esos institutos, habilitará a que se pueda decretar la nulidad.----------

En el caso que me ocupa, el acto procesal impugnado, esto es, la sentencia de Primera Instancia aparece modificada por quien no era competente para hacerlo, al menos mientras no fuera consentida la providencia que necesariamente y en forma previa al dictado de la sentencia debió dictarse respecto de la recusación sin causa formulada. En ésta sólo se debió atender a los agravios y no puntos ajenos a los términos de la apelación y su contestación.----------

Este proceder resulta violatorio de principios básicos concernientes al orden procesal y a la debida defensa en juicio, pues la parte se ha visto privada de conocer en forma previa al dictado de la sentencia la integración del Tribunal de Alzada cuestionada -recusación mediante- respecto de uno de sus integrantes. En síntesis hubo una defectuosa composición del Tribunal por no haber tenido uno de sus miembros actuación consentida por parte interesada.----------

La decisión en cuanto a su procedencia debió tener resolución anterior al dictado de la sentencia misma y consentida la providencia, pronunciarse el decisorio.----------

------ Pero más allá de lo apuntado, considero desacertada la decisión de desestimar la recusación sin causa, entiendo que se ha incursionado en exceso ritual manifiesto cuando esa desestimación se debe a la calificación de la recusación como "extemporánea por prematura". Ciertamente el último párrafo del art. 14 del CPCC. prevé la posibilidad de recusar sin causa a un Magistrado de

Cámara y la ocasión en que debe hacerse, siendo lo suficientemente claro al establecer que deberá deducirse al primer día siguiente hábil al dictado de la primera providencia del Tribunal, esto es, si se trata de un Recurso de Apelación concedido libremente, lo será en la oportunidad del art. 259 del CPPC, mientras que si se trata de una concedida en relación, la oportunidad la marca el art. 275.(Conf. Elena HIGHTON, Beatriz AREÁN ("Código....) Pero sostengo que ha de interpretarse como la última oportunidad que tienen los legitimados para deducirla, y que luego -claro está- precluye la posibilidad de deducirse en ese proceso. No hay violación del orden procesal si como en el supuesto de autos, la recusación es opuesta con anterioridad a la oportunidad que marca el art. 14 del CPCC -al tiempo de efectuarse la contestación de la expresión de agravios- pues en definitiva es su primera presentación destinada al Tribunal de Alzada más allá de que se presente por ante el Juez de la Instancia anterior. Sobre la oportunidad para oponer la recusación, señalan las comentaristas del Código procesal que "...los justiciables deben interponerla en determinados momentos procesales expresamente establecidos en el artículo en estudio, **transcurridos** los cuales resulta directamente inadmisible quedando precluida la facultad. Es claro entonces que la preclusión opera, pasada la oportunidad que prevé la norma, pero nada autoriza a hacerla extensiva a una presentación anterior, máxime si como dije, es en definitiva la primera presentación dirigida al tribunal de Alzada. Es dable observar que ocurre por ejemplo con la fundamentación de un recurso de apelación infringiendo el procedimiento establecido en el art. 245 del CPCC. la ley de

ningún modo prevé desconocer la concesión de recurso desestimando por "extemporánea por prematura".----------

Considero así un exceso ritual esa declaración en lo que a la recusación sin causa deducida por la demandada concierne, configura en sí mismo un exacerbado apego a la norma ritual, una desnaturalización de su uso, en desmedro de la garantía de la defensa en juicio. Nuestro sistema procesal es formal, pero el cumplimiento del rito no constituye un fin último del proceso. Éste encuentra su fundamento en la búsqueda de la verdad objetiva, que lejos está lógicamente del apego a las formas rituales establecidas en el CPCC. "los recaudos procesales tienen por fin cuidar ciertas exigencias de orden externo, pero no para que los derechos se vean vulnerados sino -por el contrario- para que su realización resulte en todos los casos favorecida. De otro modo, ese orden deviene en ritualismo, es decir en una forma vacía de contenido ético y no debe olvidarse que el derecho no es forma, es un contenido."(SCBA Ac.35064. S.22/10/85, AyS 1985-III-217).----------

------ En definitiva, la equívoca solución dada a la incidencia de la recusación sin causa, lleva consigo una irregular constitución del tribunal "a quo", llamado a resolver los agravios de la actora. Luego el fallo fue dictado por un Juez que carecía de la habilidad para hacerlo, habida cuenta su recusación sin causa correctamente deducida en cuanto a los requisitos de legitimación y oportunidad, Con ello se han quebrantando las formas de la sentencia porque no existe la mayoría de opiniones necesarias, respecto de lo que ha sido materia de agravio, pues aún si soslayáramos la opinión del Dr. MOISÁ, el cual -insisto-, debió admitir su recusación, sólo se

mantienen en pie los votos dispares respecto de la misma cuestión de los Dres. FLASS y FRÜCHTENICHT, por ende no se satisface el requisito de fundamentación suficiente que exige para todo acto judicial la garantía de la defensa en juicio consagradas en nuestras constituciones. "...Cuando aparezca realizada una trasgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, corresponde declarar la nulidad de la sentencia suscripta por sólo dos de los camaristas, con fundamentos y conclusiones divergentes."(CSJN.19/2/91, JA, 1992-II-236).--------

------ Por las razones expuestas propongo al Acuerdo declarar la nulidad de la Sentencia Interlocutoria Nº 116/07 y su reenvío a la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel para que a través de sus subrogantes legales a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento toda vez que nos encontramos frente a un procedimiento en la conformación del Tribunal previo al dictado de la sentencia no ajustado a derecho. (Art. 253, 2da parte del CPCC.) **ASÍ LO VOTO.**----------
-

------ A la misma cuestión el Dr. CANEO dijo:----------

------ El Ministro que me antecediera en el orden de votación ha brindado explicaciones más que suficientes acerca de los recaudos de admisibilidad del Recurso Ordinario de Apelación en el orden local, ello con la intención de dejar en claro, que no ha de echarse mano a este remedio procesal, por la mera existencia de un gravamen aún calificado de irreparable.----------

A la sombra de la doctrina de nuestro cimero Tribunal, esta Corte provincial viene construyendo la propia, en orden a los recaudos específicos del remedio previsto en el art.32 inc. 7° de la Ley N°37, con necesaria y suficiente jurisprudencia esclarecedora respecto del concepto de "sentencia definitiva" precisando un neto sesgo restrictivo respecto de su definición.----------

No está demás señalar que se entiende -a los efectos del recurso en cuestión- que sentencia definitiva es aquélla que pone fin a la controversia o impide su continuación al privar al interesado de los medios legales para la tutela de su derecho, regla que, como he señalado no admite excepción siquiera con la invocación de la existencia de un perjuicio irreparable. ("Banco CH c/Banco Central de la República Argentina s/Acción de amparo"; "R.D.S.A c/Estado Nacional Arg. Poder Ejecutivo s/Demanda Contenciosa Administrativa" 13/10/88). Recientemente el máximo Tribunal Nacional sostuvo que "La procedencia del recurso ordinario de apelación se halla supeditada a que la sentencia resistida revista carácter definitivo, extremo que debe apreciarse con criterio más riguroso que en el supuesto del art. 14 de la ley 48..." (D.655.XL, "Dolhare Daniel Roberto c/Yacimientos Petrolíferos fiscales S.A", 14/10/04) "...Son definitivas a los efectos del recurso ordinario las resoluciones que dirimen el conflicto y las que, sin decidir el fondo del litigio, impiden al recurrente plantear en ulterior oportunidad la cuestión que motivó el recurso o las que no pueden ser discutidas eficazmente con posterioridad..." (B.368.XXXVI, Bongiovani Danilo, Miguel c/Ansees, 22/10/03).----------

Mas en el orden local, el criterio para calificar la sentencia como definitiva es más estricto para admitir una Tercera Instancia

Ordinaria que el utilizado inclusive para el Recurso de Casación vernáculo, pues en este caso, se lo admite contra sentencias que causen gravamen irreparable, mas nunca será el caso de la apelación ordinaria, el cual sólo es posible intentarlo contra sentencias que resuelven las cuestiones propuestas con valor de cosa juzgada material. En este caso, no esta dicha la última palabra sobre la pretensión resarcitoria enderezada contra el Estado provincial, no trasciende a esos fines -para quien apelara- la resolución de la Alzada que desestima la excepción de falta de habilitación de instancia.----------

------ Planteada la nulidad de la sentencia y aún con las serias deficiencias que ofrece la pieza recursiva de las que diera cuenta el Dr. ROYER, no nos está autorizado el rechazo sin más del recurso, ello por cuanto nada exime a este Superior Tribunal de Justicia de la responsabilidad que le incumbe por las observancia de las formas instituidas en procura de la mejor administración de justicia, lo cual significa irremediablemente declarar la nulidad de la sentencia por no haberse dictado con jueces hábiles al efecto.----------
Y esta es la solución que se impone tras verificar la irregularidad manifiesta en el trámite de la recusación sin causa. Señalan Rolan ARAZI y Jorge A. ROJAS que el ejercicio de la jurisdicción supone que el juez como representante del Estado, se encuentra investido de autoridad y que este principio de autoridad, no sólo está imbuido de caracteres que surgen de la Constitución sino también de su reglamentación que viene enancada, como en este caso por la legislación adjetiva. Por ese motivo la autoridad del Magistrado

-para ser tal- debe estar dotada de todos los elementos necesarios para lograr un buen desempeño en su labor, y ello no sólo viene puesto por la independencia que le brinda la Constitución Nacional al juez, como tampoco por su inmovilidad, o su propio poder jurisdiccional, sino, en este caso, por la independencia que debe mantener con relación a las partes litigantes. El juez como tercero imparcial es llamado a resolver un conflicto existente y para ello se requiere la observancia de ciertos requisitos inexcusables. Entre ellos, es fundamental su imparcialidad, de tal modo, han señalado nuestros tribunales que el instituto de la recusación tiene por finalidad asegurar la garantía de imparcialidad, inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, de donde se desprende que está destinada a proteger el derecho de defensa en juicio del particular, pero con un alcance que no perturbe el adecuado funcionamiento de la organización judicial.----------

Ahora bien ¿puede decirse que la recusación sin causa deducida en ocasión de contestar los agravios del apelante, perturba ese adecuado funcionamiento? Más allá de que no fuera planteada en la ocasión que prevé el art. 14 última parte, ¿puede afirmarse que fuera extemporánea por prematura?.----------

Coincido con las apreciaciones del Dr. ROYER, en primer lugar, correspondía suspender el llamado de autos para sentencia y resolver previamente el incidente, luego notificar la resolución recaída cualquiera fuese la decisión, a los efectos de dar a conocer la integración del tribunal, pero de ningún modo resolver la cuestión en la misma sentencia, en ella sólo podían dirimirse agravios y no cuestiones incidentales. Con anterioridad al dictado de la sentencia debieron los jueces aceptar o no la recusación de su colega Dr.

MOISÁ pronunciarse sobre aquellos presupuestos que hacen a la admisibilidad del pedido de apartamiento tales como legitimación y oportunidad mas no en la sentencia misma, pues de ese modo privó a la parte de conocer y consentir la integración del tribunal “a quo”. “Si la recusación sin expresión de causa se plantea a un Magistrado de la Cámara de Apelaciones, corresponde a la sala a la que pertenece el juez aceptarla o no. Apartado el juez, conocerán de él los dos restantes y sólo se integrará en el supuesto de falta de concordancia en la votación.” (FENOCHIETTO-ARAZI Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Astrea T°1, año 1987, pág. 102). De ello, se infiere que resulta menester un pronunciamiento previo respecto de la recusación y en caso de aceptarse, integrar el tribunal, a los efectos de anticipar y evitar a posteriori el dictado de una sentencia con una eventual falta de concordancia.----------

Lo dicho resulta de por sí suficiente para invalidar cualquier actividad jurisdiccional a partir de la irregularidad apuntada en el modo de resolver la cuestión de la recusación sin causa, pues la Sentencia Interlocutoria N° 445/06 es dictada tras y mediante una imperfecta integración del Tribunal.----------

------ Pero también acuerdo con el Dr. ROYER, cuando estima un exceso ritual manifiesto, la decisión del a quo de juzgar como prematura la recusación sin causa. Aún cuando el exceso ritual manifiesto no puede ser entendido como una doctrina abierta, que permita sustituir a los principios de orden procesal, que tienen también su razón de ser al fijar pautas de orden y seguridad recíprocas (SCBA, Ac 40987, 42863) adolece de tal vicio la

conclusión que revela un claro apartamiento del derecho de defensa en juicio y debido proceso del recurrente. Con cita de BERTOLINO, dice Susana A. BRIANTI, que las normas procesales no deben interpretarse conforme la desnuda literalidad de sus vocablos, ni según rígidas pautas gramaticales, sino computando su profundo significado jurídico. El ritualismo o formulismo es una especie de injusticia grave por exceso de orden, fenómeno que está ligado a la hermenéutica jurídica bajo la alternativa de "interpretación literal versus interpretación justa de la ley". (LLBA, 2008 (febrero), 32).----------

La interpretación literal, extrema, del art. 14 última parte del CPCC. efectuada por la Cámara de Apelaciones coadyuvó -a mas del error procedimental antes señalado-, a la adopción de una decisión que debe aquí, por tales razones, declararse nula.----------

Procede entonces declarar la nulidad del pronunciamiento y devolver los autos para que la Excma. Cámara de Apelaciones, a través de sus subrogantes legales, dicte nuevamente fallo conforme a derecho. Así queda acordado.----------

------ A igual cuestión el Dr. PASUTTI dijo:----------

------ De acuerdo a los votos emitidos por los Dres. ROYER y CANEO, los que conforman la voluntad de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería de este Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en el art. 1º del Acuerdo Extraordinario Nº 3.555, en concordancia con los arts. 2º y 3º de la Ley Provincial Nº 5.475 y Acordada Nº 3.202.----------

------ A la segunda cuestión el Dr. ROYER dijo: ----------

------ Según voté la primera, propongo al acuerdo: 1) Decretar la nulidad de la Sentencia Interlocutoria de fs. 212/215 (art. 253, 254 y 255 CPCC).- 2) Reenviar los autos para que por intermedio de subrogantes legales, se dicte un nuevo pronunciamiento.- 3) Costas en esta instancia por su orden, atento que la decisión ha sido tomada de oficio por el Tribunal.- 4) Regular los honorarios del Dr. C. E. D. en el 25% de los que se le fijen por su actuación ante la Primera Instancia, con más IVA si correspondiere. (art. 14 del Dto. Ley N° 2.200 - T.O. Dto. N° 138/99). Sin regular honorarios al Dr. Jorge NOVARINO en mérito a lo dispuesto por el art. 2 del Dto. Ley N° 2.200 - T.O. Dto. N° 138/99.----------

------ A la misma cuestión el Dr. CANEO dijo:----------

------ De conformidad con los términos de mi voto a la primera cuestión, acuerdo con la solución que propone el Dr. ROYER.--------

------ A igual cuestión el Dr. PASUTTI dijo----------

------ Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera cuestión.----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente: ----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

-

------ 1º) **DECRETAR** la nulidad de la Sentencia Interlocutoria de fs. 212/215 (art. 253, 254 y 255 CPCC).----------

------ 2º) **REENVIAR** los autos para que por intermedio de subrogantes legales, se dicte un nuevo pronunciamiento.----------

------ 3º) **COSTAS** en esta instancia por su orden, atento que la decisión ha sido tomada de oficio por el Tribunal.----------

------ 4º) **REGULAR** los honorarios del Dr. C. E. D. en el 25% de los que se le fijen por su actuación ante la Primera Instancia, con más IVA si correspondiere. (art. 14 del Dto. Ley N° 2.200 - T.O. Dto. Nº 138/99). Sin regular honorarios al Dr. Jorge NOVARINO en mérito a lo dispuesto por el art. 2 del Dto. Ley Nº 2.200 – T.O. Dto. N° 138/99).----------

------ 5º) **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

-

Fdo.: Dr. José Luis PASUTTI – Dr. Fernando S. L. ROYER – Dr. Daniel Luis CANEO.----------

RECIBIDA EN SECRETARIA EL **05** DE **MAYO** DEL AÑO **2008**

REGISTRADA BAJO EL N° **03** S.R.O.E. CONSTE