AUTOS: *"P., M. J. y otros c/ MUNICIPALIDAD DE E. s/ Amparo s/ Incidente de Recusación con causa" (Expte. N° 49/08 CANO).----------*

Esquel, 08 de agosto de 2008.-

------VISTO:----------

------El recurso extraordinario casación interpuesto por los actores (fs. 50/60) contra la Sentencia Interlocutoria N° 57 de fecha 15 de mayo de 2008 (fs. 14/15 vta.), así como también el pedido de excusación con expresión de causa incoada en el mismo escrito; y----------

------CONSIDERANDO:----------

------Que previo a resolver el recurso de casación, es ineludible referirnos al pedido de excusación que los recurrentes hacen a los miembros de este Tribunal.-

-----Que en tal sentido, la excusación es el instituto procesal mediante el cual un magistrado declina de entender en un pleito dadas las razones previstas en la ley de rito. Se trata de un atributo privativo del magistrado, mientras que cuando son las partes las que pretenden apartar al Juez de la causa, el C.P.C. y C. ha previsto un remedio específico y que es la recusación. Dicho lo precedente, las partes no tienen facultades para pedirle a los integrantes de este Tribunal que se excusen sino que -si consideran procedente el apartamiento- debieron recurrir al instituto de la recusación en la forma y con los motivos previstos en los arts. 17 y ss. C.P.C. y C.----------

------Que corresponde a este Tribunal examinar la admisibilidad del recurso de casación intentado.----------

------Que en tal sentido, la sentencia recurrida aparece como equiparable a definitiva pues si bien ha recaído en un incidente, lo allí resuelto es insusceptible de ser salvado mediante sentencia definitiva dada la particular circunstancia de que la sentencia definitiva ya fue dictada. Dice GIANGRASSO *"... debe tratarse de aquellas que por su carácter y efecto deciden artículo y tienen fuerza definitiva, es decir, que hacen irremediable la situación resuelta, puesto que ya no es dable remediar por la sentencia sus consecuencias ... convirtiéndose en una cuestión que, aunque incidental o de similar clase, no tiene remedio en definitiva" (GIANGRASSO, Antonio José "Código procesal civil y comercial de la nación" Depalma. Buenos Aires 1989 pag. 367).*----------

------Que el recurrente, en su escrito de fs. 50/60 pretende la habilitación de la extraordinaria vía de la casación por la causal prevista por el inc. e) del art. 288 del CPCC, por ser arbitraria y estar viciada de nulidad absoluta. En concreto, se queja de que: a) Uno de los integrantes del tribunal haya dictado sentencia cuando se encontraba recusado. b) La Cámara haya omitido expedirse sobre la recusación impetrada c) Los votos de la mayoría que fundamenta el fallo adolecen de vicios insalvables. ----------

------En efecto, en el punto 3.- del mismo, sostiene "… que conforme a las claras normas procesales y constitucionales que se violan, ese fallo está viciado de nulidad absoluta que amerita su anulación, toda vez que se recusa a un magistrado de primera instancia y a un integrante de la Excma. Cámara de Apelaciones, y el propio camarista recusado interviene en el pronunciamiento importando de suyo un juzgamiento de su propia conducta".----------

------"La nulidad se propaga además por el arbitrario pronunciamiento arribado por la Excma. Cámara en orden al tratamiento de la recusación del juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia, toda vez que a excepción del voto en disidencia del doctor Benjamín Moisá, …, los votos de la mayoría que en definitiva fundamentan el fallo ahora en crisis adolecen de vicios insalvables…".----------

------Además, señala que "El fallo está viciado de nulidad porque … la Cámara en su conjunto omitió pronunciarse sobre la conducta del camarista doctor Früchtenicht".----------

------Sentado ello, corresponde pasar al estudio de la causal esgrimida por los recurrentes contra la sentencia en crisis.----------

-------En cuanto al primero y segundo de los argumentos invocados por la recurrente, es decir la nulidad de la sentencia que derivaría de haber sido suscripta por un Juez recusado y no haberse expedido el tribunal respecto a la recusación, la misma aparece no solo infundada, dado el tenor de la resolución de fs.11 del 7 de mayo de 2008, donde expresamente se rechaza la recusación, sino también extemporánea pues la misma resultó notificada el 8 de mayo (art. 14 Ley 4572) y fue tácitamente consentida por el hoy recurrente habida cuenta de su inactividad hasta el escrito de fecha 28 de mayo de 2008.----------

------*Obiter dicta* cabe recordar que si bien nuestro Superior Tribunal de Justicia, en un muy reciente fallo, ha entendido que constituye exceso ritual manifiesto rechazar por extemporánea una recusación prematura, se ha encargado de aclarar que *"... 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, en ella sólo podían dirimirse agravios y no cuestiones incidentales ... pues de ese modo privó a la parte de conocer y consentir la integración del tribunal a quo" (Del voto del Dr. CANEO en "S., V. H. c/ Provincia de Chubut y otros s/Daños y Perjuicios" . Expte 21.139-S-2007. STJ 5 de mayo de 2008).* En la causa de marras se ha rechazado la recusación con causa en forma previa al dictado de la sentencia y se ha notificado de ello a la parte *ministerio legis*----------

------En cuanto a la tercer causal casatoria, este Cuerpo ha sostenido en reiteradas oportunidades (SIC N° 156/06; 130/07, 174/07 CANO, entre otras), la *arbitrariedad* es una de las típicas causales que habilitarían la extraordinaria vía recursiva de la casación en los términos del art. 288, inc. e) del CPCC; sin embargo, no basta la simple disconformidad con el derecho aplicado para que se configure la misma, sino que en el decisorio en crisis debe existir una efectiva alteración de los hechos o del objeto procesal, o un pronunciamiento sobre capítulos no propuestos (v. gr., excepciones o defensas) al inferior en grado, todo lo cual evidentemente en el caso no sucedió.----------

------En conclusión, si el recurrente no estaba de acuerdo con el derecho aplicado, debió limitar su impugnación a la causal "violación a la ley o doctrina legal" con sustento en lo dispuesto por el inc. a) del art. 288 del CPCC y no invocar una inexistente arbitrariedad, supuesto contemplado por el inc. e) del citado artículo. Además, debe advertirse que –de las constancias agregadas– surge no haberse dado cumplimiento con los requisitos exigidos por el referido inc. a) del art. 288 y por el art. 289, inc. b) del CPCC, lo cual no hizo (SIC N° 82/04 CANO, entre otras).----------

------Consecuentemente, el recurso de casación intentado debe ser denegado por inadmisible.----------

------1. Que de conformidad a lo dispuesto por el art. 290 del CPCC, corresponde

a este Tribunal examinar la admisibilidad formal del recurso, mandando dicha norma que la falta de alguno de los requisitos establecidos por los artículos que le preceden sella la suerte adversa del mismo, por inadmisible.----------

------2. Que la sentencia recurrida no reúne la exigencia de "definitividad" impuesta por el art. 286 del CPCC para habilitar la extraordinaria instancia casatoria, por tratarse de una resolución recaída en un incidente de recusación que no termina la litis ni hace imposible su continuación. En efecto, rechazada la recusación del Sr. Juez Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Dr. Claudio Alejandro Petris, la causa debe continuar su trámite de conformidad con lo dispuesto por el art. 28 del CPCC (cfr. SIC Nº 31/05 CANO, *V., H.o R. c/ Asociación Mutual del Personal Judicial de la Zona Norte de la Pcia. de Santa Cruz s/ Desalojo s/ Inc. de recusación,* Expte. N° 241/04 CANO).----------

------3. Que no resulta atendible el cuestionamiento en cuanto a la integración del Tribunal, pues la sentencia cuya casación se pretende fue dictada por los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Günther Enrique Flass, Benjamín Moisá y Jorge Luis Früchtenicht, por encontrarse consentida la intervención del último de los nombrados, al no haber sido recurrida la providencia de Presidencia de fecha 07/05/08 (fs. 1680) por la parte recusante, ni haberse insistido con la recusación del Dr. Jorge Luis Früchtenicht en tiempo y forma.----------

------En consecuencia, por lo demás, resulta inadmisible la pretensión de excusación manifestada por los recurrentes en su "otrosí digo", cabiendo recordarles que: "El juez de la causa es el único legitimado para excusarse, no estando facultadas las partes ni para recordarle el deber ni para oponerse" (FENOCHIETO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial,* p. 86, Astrea, Buenos Aires, 1999).----------

------4. Que este Tribunal, en consonancia con doctrina del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, tiene resuelto que la invocación de la causal de "arbitrariedad" (art. 288, inc. "e", CPCC) no suple la formalidad exigida de "definitividad" de la sentencia (Causa: 000A 000007, STJ, 29-03-85; S.I.C. N° 86/04 CANO, entre otras). Asimismo, cabe destacar que no basta la mera disconformidad del recurrente con los fundamentos jurídicos del decisorio para

que quede configurada la causal de arbitrariedad.----------

------5. Que, teniendo objeto y trámite distintos, la presente resolución no implica prejuzgar ni comprometer opinión con respecto al Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad deducido a fs. 27/36, cuya decisión se reserva para su oportunidad.----------

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut,---------

----------R E S U E L V E----------

------1°) RECHAZAR el pedido de excusación efectuado a los miembros de este Tribunal por manifiesta inadmisibilidad.----------

------2º) DENEGAR, por inadmisible, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia Interlocutoria N° 57 de fecha 15 de mayo de 2008 (fs. 14/15 vta.).---

------3°) ORDENAR la devolución del depósito efectuado por el recurrente (art. 297, CPCC).----------

------4°) TENER presente la reserva del denominado Caso Federal.----------

------5°) REGÍSTRESE y notifíquese.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS

BENJAMÍN MOISÁ **JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**
(con sus fundamentos)

------Fundamentos del Dr. Moisá:----------

------1. Que de conformidad a lo dispuesto por el art. 290 del CPCC, corresponde a este Tribunal examinar la admisibilidad formal del recurso, mandando dicha norma que la falta de alguno de los requisitos establecidos por los artículos que le preceden sella la suerte adversa del mismo, por inadmisible.----------

------2. Que la sentencia recurrida no reúne la exigencia de "definitividad"

impuesta por el art. 286 del CPCC para habilitar la extraordinaria instancia casatoria, por tratarse de una resolución recaída en un incidente de recusación que no termina la litis ni hace imposible su continuación. En efecto, rechazada la recusación del Sr. Juez Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Dr. Claudio Alejandro Petris, la causa debe continuar su trámite de conformidad con lo dispuesto por el art. 28 del CPCC (cfr. SIC Nº 31/05 CANO, *V., H. R.o c/ A. M. D. P. J. D. L. Z. N. de la Pcia. de Santa Cruz s/ Desalojo s/ Inc. de recusación,* Expte. N° 241/04 CANO).----------

------3. Que no resulta atendible el cuestionamiento en cuanto a la integración del Tribunal, pues la sentencia cuya casación se pretende fue dictada por los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Günther Enrique Flass, Benjamín Moisá y Jorge Luis Früchtenicht, por encontrarse consentida la intervención del último de los nombrados, al no haber sido recurrida la providencia de Presidencia de fecha 07/05/08 (fs. 1680) por la parte recusante, ni haberse insistido con la recusación del Dr. Jorge Luis Früchtenicht en tiempo y forma.----------

------En consecuencia, por lo demás, resulta inadmisible la pretensión de excusación manifestada por los recurrentes en su "otrosí digo", cabiendo recordarles que: "El juez de la causa es el único legitimado para excusarse, no estando facultadas las partes ni para recordarle el deber ni para oponerse" (FENOCHIETO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial,* p. 86, Astrea, Buenos Aires, 1999).----------

------4. Que este Tribunal, en consonancia con doctrina del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, tiene resuelto que la invocación de la causal de "arbitrariedad" (art. 288, inc. "e", CPCC) no suple la formalidad exigida de "definitividad" de la sentencia (Causa: 000A 000007, STJ, 29-03-85; S.I.C. N° 86/04 CANO, entre otras). Asimismo, cabe destacar que no basta la mera disconformidad del recurrente con los fundamentos jurídicos del decisorio para que quede configurada la causal de arbitrariedad.----------

------5. Que, teniendo objeto y trámite distintos, la presente resolución no implica prejuzgar ni comprometer opinión con respecto al Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad deducido a fs. 27/36, cuya decisión se reserva para su

oportunidad.----------

------Así lo voto.----------

BENJAMÍN MOISÁ

REGISTRADA BAJO EL N° 103 DEL AÑO 2008.- CONSTE.- Zulma Graciela Albornoz.- Secretaria.- Zulma Graciela Albornoz Secretaria.-