Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de abril del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia a cargo del Dr. José Luis Pasutti, y asistencia del Dr. Fernando S. L. Royer, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"T., J. B. F. c/ T., C. D. s/ incidente de Nulidad en autos...(Expte. N° 632/2010)" (Expte. Nº 23123-T-2013)**, y de acuerdo a lo dispuesto a fs. 80, de conformidad con las Acordadas N° 3.202 y 3.204, el orden para la emisión de los votos es el siguiente: Dres. Royer y Pasutti.----------

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

------ **A la primera cuestión el Dr. Royer dijo**:----------

------ 1.- **ANTECEDENTES. EL RECURSO. SU TRÁMITE**.----------

------ **1.1.-** En el expediente principal, caratulado "T., C. D. c/ T., J. B.F. s/ daños y perjuicios" (Expte. N° 632-2010) –agregado por cuerda-, el actor demandó por daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento paterno, y solicitó embargo preventivo.----------

------ La medida cautelar fue rechazada por la Juez de primera instancia, el actor interpuso revocatoria con apelación en subsidio, no se hizo lugar a la reposición y se concedió la apelación.----------

------ El actor a fs. 39 recusó sin expresión de causa al Dr. C. P., y a fs. 41 por SI N° 354/2010, se tuvo por recusado al juez nombrado, notificándose a la parte (fs. 42 y vta.).----------

------ A fs. 224 obra acta de celebración de la audiencia de vista de causa, a la que sólo compareció el mandante del actor. Se decretó la caducidad de la prueba de la demandada, y se fijó nueva fecha de audiencia.----------

------ **1.2.-** El demandado, J. B. F. T., solicitó la nulidad de la audiencia de vista de causa y de la caducidad de la prueba, porque no fue notificado personalmente ni por cédula de la fecha fijada para su celebración. ----------

------ **1.3.-Incidente de nulidad**:----------

------ En consecuencia, a fs. 232 del principal se ordenó la formación del incidente de nulidad.----------

------ El incidentado contestó el traslado conferido, y en primera instancia por SI N° 184/2012 (fs. 22/23 vta.), se rechazó la nulidad interpuesta respecto a la audiencia de vista de causa, y se condenó en costas al nulidicente.----------

------ **1.4.-** El incidentista apeló y acompañó agravios que fueron contestados.----------

------ **1.5.-** La cámara decretó autos para resolver (fs. 38). Luego, como medida para mejor proveer, solicitó el expediente principal al Juzgado de Familia N° 1, y suspendió el llamado de referencia (fs. 39). Esta última providencia fue firmada por el Dr. C. P..----------

------ A fs. 41 se informó por Secretaría la recepción del expediente, y a fs. 42 se tuvo presente el informe, reanudándose el llamado de autos para resolver. Este despacho, también fue firmado por el Dr. C. P., y se notificó a las partes por cédula, de acuerdo a las constancias de fs. 43/vta. y 44/vta.------
---

------ **1.6.-** La SI N° 120/2012 (fs. 46/47), firmada por los Dres. Claudio Petris y Günter Flass, revocó la sentencia de primera instancia, declaró la nulidad de los actos procesales que dependían de la audiencia de vista de causa, e impuso las costas al incidentado.----------

------ A fs. 50 el Dr. Petris advirtió que había sido recusado en el expediente principal.----------
---

------Los Dres. Gunter Flass y Jorge Früchtenitch, por SI N° 130/2012 (fs. 52), precisaron que sin perjuicio de la omisión incurrida, las partes consintieron la intervención del magistrado a fs. 39 y 42, y además –agregaron-, este no fue expresamente recusado en el incidente.----------

------ **1.7-** A fs. 55/61, el Sr. C. D. T., interpone casación por quebrantamiento de formas, contra la SI N° 120/2012 de la Cámara de Apelaciones de Esquel.----------

------ Afirma que la sentencia es definitiva, pues se pronuncia en un incidente, que pone fin a la litis y no admite que se pueda promover otro juicio por la misma cuestión.----------
---

------ Le agravia que la sentencia autoriza la realización de las pruebas de la contraria respecto a las que se había decretado la caducidad por negligencia en su producción, y le impone las costas en el incidente.------

------ Sostiene que no se observaron las formas esenciales del proceso, ya que se dictó sentencia con la concurrencia de los Dres. Günter Flass y Claudio Petris, y este último fue recusado en el expediente principal. Se afectaron –dice- las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, y se violentó el principio de la mayoría necesaria para la validez de la sentencia dictada por un tribunal colegiado.----------

------ Afirma que el pronunciamiento está viciado de nulidad, y es contrario a una decisión del mismo tribunal resuelto por una sentencia anterior y firme, en la que se hizo lugar a la recusación sin causa del Dr. Petris.----------

------ En cuanto a la causal casatoria, (Pto. 1.3) acusa el quebrantamiento de las formas esenciales del proceso porque dictó la sentencia un juez recusado.----------

------ Cita doctrina, explica que en la sentencia que ataca, se dejó expresamente sentado que los firmantes tomaron vista del expediente principal -y por lo tanto de la decisión que tuvo por recusado al Dr. Petris-, por ello la infracción a la garantía constitucional es clara, y torna inexcusable el error en la intervención del magistrado.----------

------ Razona que el instituto de la recusación se vincula a la garantía constitucional de ser juzgado por un juez imparcial. Dice que ejerció el derecho, obtuvo sentencia favorable, y no realizó manifestación alguna expresa y contundente en sentido contrario, que admita la intervención del juez recusado.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Dice que se intentó sanear el vicio con posterioridad al dictado de la sentencia, y que si bien se trata de actos procesales subsiguientes a la sentencia que impugna, igualmente tratará las cuestiones allí planteadas.----------

------ Niega que se hubiera consentido la intervención del Dr. Petris por las partes ante el dictado de los despachos de fs. 39 y 42. Asegura que los jueces de acuerdo al art. 32 del CPCC, pueden dictar providencias de mero trámite. Además, afirma que la recusación efectuada a uno de los jueces en el principal se extiende a los incidentes, y no es necesaria la reiteración por la parte.----------

------ Reserva cuestión federal.----------

------ **1.8.-** Puestos los autos por este Superior Tribunal a disposición de las partes conforme lo exige el art. 296 de la Ley XIII, N° 5 (fs. 72 y vta.) e informe de fs. 73, la contraria no contestó el traslado.----------

------ **1.9.-** A fs. 75/76 vta., emitió dictamen el Sr. Procurador General, que propició casar la sentencia por nulidad, y remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que dicten un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. ----------

------ **2.- ANÁLISIS**.----------

------ Son innumerables los antecedentes de este Cuerpo en los que se ha dejado sentado que es factible, aun en este estado del expediente, realizar un segundo control de la admisibilidad del recurso en análisis. Y adelanto que en este caso, no debió sortear el primero realizado –queja mediante-, pero no es tarde, pues la interlocutoria que ordenó la admisibilidad preliminar, es de mero trámite, y no impide que se reedite ese control.----------

-------Ello, en mérito a las consideraciones que paso a exponer.----------

------ **2.1.-** En primer lugar abordaré lo atinente al carácter de sentencia definitiva del pronunciamiento atacado.----------

------ El art. 289 del CPCC, establece a los fines del recurso de casación, que sentencia definitiva es “la que aun cuando haya recaído sobre un incidente, termine la litis o haga imposible su continuación”. ----------

------ Al respecto este Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que "a la luz de tal disposición y para determinar la definitividad o no de una sentencia, debe tenerse en cuenta el criterio de supervivencia o no de la acción, por cuanto mientras subsista y el pleito pueda continuar, no habrá sentencia definitiva" (conf.: STJCH, SI N° 5, 41, 64/SRE/2002, 02/SRE/2003, 11/SRE/2004, y 47/SRE/2005, entre otras).----------

------ Esta exigencia es inexorable, determina la suerte adversa de la impugnación si se advierte que el pronunciamiento atacado carece de la nota de definitividad exigida por la norma. Y ello, sea que se invoque la causal de violación de la ley o la doctrina legal, o la de quebrantamiento de formas.----------

///

------ He dicho, en conjunto con mis colegas, que "…las resoluciones que admiten nulidades procesales, no revisten la cualidad definitiva a los fines del recurso extraordinario en atención a que no ponen fin al pleito ni impiden su continuación, ni tampoco causan un gravamen que no pueda ser reparado ulteriormente, ni que estemos en presencia en el caso que nos ocupa de un supuesto de gravedad institucional…" (conf. v.gr. STJCh, SI N° 15/SRE/2002).----------

------ Incluso en relación al tema que me ocupa, en oportunidad de emitir mi voto en las SD N° 39 y 40/SRE/04 expresé que: "…Es sobradamente claro el texto de la norma precitada *–refiriéndome al actual art. 289 del CPCC-* en cuanto a la recta inteligencia que debe dársele al concepto de sentencia definitiva, y que no está permitido atemperar la interpretación de la norma siquiera frente a la eventual presencia del vicio que se le endilga al pronunciamiento, pues la precitada norma no efectúa distingo alguno y exige la presencia de las notas características de la sentencia definitiva, como recaudo de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación, sea se invoque la violación de la ley o doctrina legal o bien el quebrantamiento de formas, los recaudos que sobre la admisibilidad exige la ley, no son formalidades innecesarias ni arcaísmos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación que supone -por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo (conf. SCBA, P.37.864, S.25/4/89, AyS. 1989-I- 789)".----------

------ En autos, el casacionista expone solamente que la sentencia es definitiva, "…puesto que si bien se pronuncia en un incidente, el mismo pone fin a la litis, no admite que se pueda promover otro juicio por la misma cuestión" (fs. 58). Ello no cubre la exigencia legal, la invocación y demostración de tal extremo es una carga del recurrente (conf. STJCH, SD N° 04/SRE/2011, 01/SRE/2012)).----------

------ Por otra parte, aquí todavía no se trató la cuestión de fondo planteada. El debate de este incidente giró en torno a la nulidad de la celebración de la audiencia de vista de causa en el trámite principal.-------

------ Cabe recordar que en los procesos de familia, por este acto (art. 106 y sgtes. de la Ley III N° 21) se convoca a las partes a juicio oral y contradictorio. Allí el juez recibe toda la prueba oral, las partes producen los alegatos, y se fija fecha para la lectura de la sentencia.-------

------ Es de toda evidencia, que en los autos principales, aún no se dictó la sentencia de primera instancia. No hubo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión -daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento paterno-, y todavía restan varios actos procesales para que obtenga su dictado; y eventualmente, revista la cualidad de definitiva a los fines de la casación.----------

------ Por lo demás, el recurrente individualiza como agravios, que se autorice la producción de pruebas cuya caducidad le había sido decretada a la parte contraria, y su condena en costas en el incidente. Ambas materias no son susceptibles de ser tratadas por esta vía extraordinaria (conf.: STJCH, SI N° 66/SRE/09, 102/SRE/10; y SI N° 49/SRE/05, 03/SRE/11, entre otras).----------

------ Por lo expuesto, interpreto que el recurso no debió sortear el examen preliminar de admisibilidad formal.----------

------ **2.2.-** Sin perjuicio de lo anterior -y establecido ya que por la falta de definitividad de la sentencia el recurso no debió ser admitido-, ante la gravedad de la causal esgrimida, y la evidencia de la suscripción de la sentencia por un juez recusado, voy a expedirme al respecto.----------

------ **2.2.1.-** Comenzaré por determinar cuál es el sentido de la recusación sin expresión de causa y sus efectos.----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

------ Señalan Fassi y Yáñez (Código Procesal Civil y Comercial. Anotado, comentado y concordado. Tomo I, p. 218 y sgtes., Ed. Astrea, Bs. As., 1988), que “la recusación sin expresión de causa es el medio acordado por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso a un juez, sin que sea necesario manifestar las razones que motivan el ejercicio de ese derecho.” ----------

------ Refieren que se trata de un remedio que debe apreciarse con criterio restrictivo, y que, por no tratarse de una garantía de orden público, el derecho a recusar es renunciable y puede ser pactado por las partes.----------

------ En cuanto a las consecuencias, el art. 16 del CPCC, establece que “deducida la recusación sin expresión de causa, el juez recusado se inhibirá pasando las actuaciones, dentro del primer día hábil siguiente al subrogante legal…”.----------

------ Los autores antes citados, señalan que el juez no puede actuar en el expediente en lo sucesivo, bajo pena de nulidad. Y agregan, aunque por ser relativas las nulidades de procedimiento, a falta de petición de parte, el vicio quedaría subsanado (conf. Art. 170 y 172 CPCC). ----------

------ Por su parte Palacio, en Derecho Procesal Civil (T. II, p. 315, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994) indica, que formulada la recusación sin expresión de causa, el juez recusado debe desprenderse inmediatamente del conocimiento del proceso y remitirlo al juez que le sigue en el orden del turno, sin poder bajo pena de nulidad, producir actuación alguna en el expediente, como no sea proveer sobre la recusación.----------

------ Los autores citados coinciden, que la intervención posterior de un juez que fue recusado en el proceso, produce la nulidad de su actuación.-

------ **2.2.2.-** Pero ¿cuál es el alcance que debe otorgarse a esa afirmación?----------

------ Es que esta cuestión se vincula estrechamente con las nulidades procesales, si son relativas o absolutas, y en tal caso, básicamente la posibilidad de convalidación del acto.----------

------ En un rápido repaso por las diferentes posturas esgrimidas, es del caso recordar que para autores como Palacio, las nulidades procesales son siempre relativas. Esta es la postura que sostiene en forma reiterada y monocorde la SCBA. Y es a la que adhieren autores como Fassi, Fourcade, Fenochietto, Arazi.----------

------ Ahora bien, resulta determinante establecer el tipo de nulidad que el caso plantea. Y para ello, es pertinente traer a colación los antecedentes obrantes en este Cuerpo al respecto.----------

------ Es así que desde antaño, hemos sostenido –con distintas conformaciones de este Cuerpo- que las nulidades procesales son todas relativas, y por ende convalidables.----------

------ Al emitir mi voto en la SD N° 15/SRE/05, me referí al tema, y traje a colación lo dicho en la SD N° 22/SRE/97. Al analizar el quebrantamiento de formas, dije que: “….es procedente cuando se hubieran violado las formas y solemnidades sustanciales prescriptas para el procedimiento o la sentencia, siempre que la nulidad no haya sido consentida por las partes. Tal imperativo deviene del

principio de que no existen nulidades procesales absolutas, siendo todas susceptibles de convalidarse por el consentimiento expreso o presunto de las partes que eventualmente pudieran ser afectadas por aquella".----------

------ Pero aun con mayor precisión, recuerdo un antecedente dictado en un caso similar al que me ocupa, suscitado en este STJ en el año 1997.--

------ En esa oportunidad, al Sr. Ministro Raúl Martín, se le había aceptado la excusación que planteó, y posteriormente –sin advertirlo- firmó la sentencia interlocutoria registrada bajo el número N° 66/SCA/97.----------

------ Por SI N° 77/SCA/97, junto con los Dres. Agustín Torrejón y Carlos A. Velázquez, dijimos: "…Que dicha irregularidad no comporta una nulidad absoluta ni autoriza su declaración de oficio. Instituidas las formas procesales en protección del interés individual de los justiciables y a salvaguardar su derecho al debido proceso, el quebrantamiento de ellas da sólo lugar a nulidades relativas y, por ende, convalidables por el consentimiento de las partes […].----------

------ "Que no forman excepción a tal regla ni siquiera las violaciones a disposiciones de orden público, porque no es el carácter de la norma vulnerada sino la índole general o individual del interés afectado lo que distingue las nulidades absolutas de las relativas, al punto de conocerse violaciones a preceptos de orden público que, sancionados en miras a la protección de intereses particulares, únicamente dan lugar entonces a nulidades relativas […] Así pues, desde que el fin de las formalidades es preservar la defensa en juicio de la persona y de los derechos, esto es el interés individual del justiciable, cabe con Podetti aseverar "ab initio que no existen nulidades procesales absolutas, siendo todas convalidables" y que ni aún la violación a las reglas de orden público que rigen la organización judicial origina una nulidad absoluta y por ende insubsanable; "lo actuado ante un juez incompetente puede ser convalidado y lo mismo si los litigantes han consentido la defectuosa constitución del tribunal" ("Tratado de los actos procesales", Ediar 1.955, II-481/483 nº 135; en idéntico sentido, Rodríguez, ob. ind., págs. 64/66 nº 36)".----------

------ "Estructuradas en un sistema sustentado en el principio de preclusión, totalmente distinto al de las civiles, "a ninguna nulidad procesal puede aplicarse el art. 1.047 del Cód. Civil" (Rodríguez, opus cit., págs. 31 nº 6 y 79 nº 45). Sólo a petición de parte formulada en tiempo idóneo o de oficio, mas "siempre que el acto viciado no estuviere consentido", conforme reza el art. 172 C.P.C.C., podrá ser declarada la nulidad procesal".----------

------ Por todo lo expuesto, y en mérito a la similitud del antecedente con el caso en análisis, no encuentro motivos para cambiar el criterio allí sustentado. Se trata de una nulidad procesal relativa, y por lo tanto susceptible, de ser convalidada por las partes.----------

------ **2.2.3.-** Establecido lo anterior, me avoco a determinar si la nulidad relativa fue consentida por el casacionista. ----------

------Tras un análisis de las constancias de autos, observo que el Dr. Petris intervino en dos oportunidades previo al dictado de la sentencia atacada.----------

------ Primero, a fs. 39, con fecha 25/07/2012, suspendió el llamado de autos para resolver y requirió como medida para mejor proveer el expediente principal. Y luego a fs. 42, con fecha 27/07/2012, tuvo por recibido el expediente desde la primera instancia, y reanudó el llamado de autos para resolver. Esta última providencia, se notificó por cédula al casacionista el 02/08/2012 (fs. 43 y vta.).----------

----- Es decir que la intervención del juez recusado y la supuesta nulidad, no se ubica en la sentencia, sino que, cronológicamente, aparece en actos previos al dictado de esta. Y estos serán, los que habré

///

de analizar detenidamente a fin de determinar sus consecuencias dentro del proceso.----------

------ El art. 172 del CPCC, es claro en cuanto a que el plazo para impugnar corre para la parte interesada desde que tomó conocimiento del acto viciado.----------

------ El recurrente fue notificado por cédula del segundo despacho el día 02/08/2012 (fs. 43 y vta.), y es en ese momento cuando tomó conocimiento de los proveídos.----------

------ Y digo de ambos, pues quedó el ahora casacionista implícitamente notificado del primero por el contenido del segundo. Se le notificó la reanudación del llamado de autos para resolver, por lo que era fácil deducir o inferir, que previamente se había dictado otro despacho suspendiéndolo.----------

------ Establecido que el casacionista, quedó notificado de ambos despachos el día 02/08/2012, y analizadas las actuaciones obrantes tanto en los autos principales como en los presentes, no existe en fecha posterior a la indicada, constancia alguna de la formación de un incidente de nulidad tendiente a cuestionar los despachos dictados por el Dr. Petris (cfr. Highton, Elena – Areán, Beatriz, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 3, p. 623 y sgtes., Hammurabi, Bs. As., 2005). Recuerdo que el presente incidente se interpuso por un planteo de nulidad de audiencia de vista de causa, celebrada en el principal.-------

------ Es decir, que el silencio de la parte frente a la irregularidad procesal no ha hecho más que subsanar el defecto (art. 172 del CPCC). En tal sentido se sostiene que “el silencio desde el punto de vista procesal, se traduce en el incumplimiento de la carga procesal de plantear la incidencia. El comportamiento de la parte que ha dejado de impetrar los remedios que la ley le confiere es una señal de aquiescencia respecto al acto procesal y su validez.” (conf.: Luis A. Rodríguez, Nulidades procesales, pág. 113, Ed. Universidad, Bs. As., 1983). ----------

------ En consecuencia, en mérito a tales consideraciones queda claro que, la deducción del recurso de casación contra la sentencia interlocutoria atacada, resulta extemporánea por cuanto precluyó para el afectado la posibilidad de invocar la nulidad, además de no ser la herramienta procesal idónea. La Corte ha sido muy explícita al respecto: “Las nulidades por defectos o vicios de procedimiento quedan subsanadas siempre que no se reclame su reparación en la misma instancia en la que se han producido” (conf.: CSJN, *Fallos*, 211:1380)”. ----------

------ Se trata en definitiva, de que el incidentado consintió en forma tácita la nulidad, y ello obsta a su declaración, de conformidad a lo normado por el art. 172 CPCC.----------

------ **2.2.4.-** Tampoco es viable el argumento esgrimido por el casacionista, que se trata de providencias simples cuyo dictado habilita el art. 32 del CPCC. Veamos cuál es el supuesto que recoge esa norma.--

------ Se trata del incumplimiento del deber del juez de abstenerse de juzgar, mediante la debida excusación, y en caso de incumplirlo, puede incurrir en mal desempeño. Esa responsabilidad se origina cuando el juez dicta resoluciones decisorias, pero no cuando se trata de providencias de mero trámite. ----------

------ Ahora, esta situación no se vincula con el principio de convalidación del acto. Son dos casos distintos. En uno –el expuesto por el recurrente- el juez interviene, cuando debía excusarse, pero si sólo dicta providencias de mero trámite no incurre en la causal de mal desempeño. En el otro, la parte, conocido un acto viciado de nulidad –puede ser una providencia de mero trámite- , lo tolera y deja transcurrir el plazo previsto por la norma para oponerse. Son supuestos que no se vinculan, ni se excluyen.----------

------ **2.2.5.-** Por lo tanto, estoy convencido que no hubo quebrantamiento de formas. La sentencia fue dictada por dos jueces en ejercicio de su potestad jurisdiccional. Reitero, la intervención del Dr. Petris previa al dictado de la sentencia, fue consentida por la parte interesada por estricta aplicación del art. 172 del CPCC.----------

------ Por todo ello entiendo, que corresponde rechazar el recurso de casación impetrado a fs. 55/61 y confirmar la sentencia interlocutoria de cámara N° 120/2012, y ASI LO VOTO.----------

------ A la primera cuestión el Dr. Pasutti, dijo: ----------

------ I.- Ante el minucioso detalle de las constancias de autos realizado por el Dr. Royer, a ellas adhiero y remito a su lectura, por razones de celeridad y economía procesal.----------

------ II.-El primer control practicado por esta Sala de cuyo resultado da cuentas el testimonio de fs. 72 y vta., tiene carácter preliminar.----------

------ Es recién en sentencia donde el Tribunal debe ejercer en forma plena y definitiva la facultad de pronunciarse acerca de la viabilidad formal y procedencia sustancial de las impugnaciones sometidas a su conocimiento (cfr. STJCH, SD Nº 03/SRE/12, 10/SRE/11, 04/SRE/11, con cita de SD N° 03/95, 16/SRE/98; 06/SRE/99 y 26/SRE/04; 17/SRE/05; 03/SRE/06; 08/SRE/10 entre otras).----------

------ II.A.- En primer lugar, voy a analizar la definitividad de la sentencia atacada, recaudo este que surge de lo dispuesto por el art. 289 del CPCC.----------

------ Este Tribunal, al igual que la CSJN (*Fallos*, 307:163, 95:79, 137:352, 145:423, 186:531, 244:279), no considera definitivas, a los efectos del recurso de casación aquellas decisiones que pueden someterse a un pronunciamiento posterior que pueda disipar el agravio que de ellas derive, o dicho de otra manera, no resuelvan la cuestión debatida impidiendo su ulterior renovación. Ni siquiera la invocación de tachas constitucionales suple la ausencia de ese requisito propio de los recursos extraordinarios (SD N° 07/85, y 03/SRE/02).----------

------ En ese sentido venimos sosteniendo (SI N° 06/SRE/99, 55/SRE/01, 121/SRE/06, 61/SRE/02 entre otras) que "es nota característica de la sentencia definitiva el efecto de poner término al proceso o causar su extinción. Sea que la causa extintiva fuere sustancial o formal es suficiente que el pronunciamiento tenga la virtualidad de ponerle fin o impedir su continuación. De lo contrario no hay recurso (Fernando de la Rúa, "El recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino", pág. 193/194)".----------

------ No es posible atribuir esa naturaleza a aquellas resoluciones que aun cuando concluyan una determinada controversia no están vinculadas al evento principal en litigio y, por lo tanto, no le ponen fin.--

------ En autos, la sentencia que se impugna fue dictada en el marco de un incidente de nulidad. Es postura asumida por este Cuerpo, que no es ésta una de las cuestiones que ponen fin a la litis (SI N° 06/SRE/99, 44/SRE/12). Por el contrario, el casacionista de acuerdo al estado en el que se encuentra

///

el proceso principal, aún no ha obtenido respuesta a su planteo de fondo a través de la sentencia definitiva de mérito, por lo que mal podría habilitarse esta instancia excepcional.----------

------ Por otra parte, no acreditó el impugnante tal extremo. La simple mención del carácter definitivo de la sentencia incumple la exigencia legal de su demostración (conf.: STJCH SD Nº 04/SRE/12).----------

------ Por lo expuesto, considero que no debió esta presentación sortear el primer control de admisibilidad, y ASI LO VOTO.----------

------ **III.-** Pero sin perjuicio de lo anterior, y al igual que mi colega preopinante, ante la gravedad de la causal invocada, no puedo menos que indagar los fundamentos vertidos por el recurrente para cuestionar la validez de la sentencia.----------

------ El casacionista plantea la nulidad del pronunciamiento firmado por un juez recusado, lo que impidió –dice- alcanzar la mayoría necesaria para adoptar la decisión exigida a los cuerpos colegiados, pues sólo fue firmado por dos magistrados.----------

------ Pero cabe considerar que el Dr. Petris –juez recusado sin expresión de causa en el expediente principal- no sólo firmó la sentencia que se ataca (fs. 46/47), sino que previo a ello, dictó dos providencias simples (fs. 39 y a fs. 42).----------

------ En el primer despacho, ordenó la suspensión del llamado de autos para resolver, y dictó una medida para mejor proveer. En el segundo, tuvo presente el informe de Secretaría que hacía saber la recepción de los autos principales desde el Juzgado de Familia, y dispuso la reanudación del llamamiento de autos.----------

------ Este último decreto fue notificado por cédula a las partes, y fue consentido por el casacionista, que no lo impugnó en el plazo de ley (art. 170 y 172 del CPCC).----------

------ **III.A.-** Para fundar esta afirmación final, comenzaré por analizar la recusación sin expresión de causa y sus consecuencias.----------

------ Señala Carlos Ponce (Highton-Areán, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 1, p. 407/408, Hammurabi, Bs. As., 2004) que la potestad jurisdiccional conferida a un magistrado determinado puede extinguirse por causales genéricas, como ser, muerte, jubilación, ascenso o renuncia; o específicas, como la remoción a través del juicio político, o por excusación o recusación.----------

------ Se trata -dice- de una facultad otorgada por la ley a los justiciables, para obtener que un juez, funcionario o auxiliar de la justicia sea apartado del conocimiento del proceso, previa comprobación de los recaudos exigidos.----------

------ Señala que conceptualmente la recusación siempre debe ser con causa, es decir, tiene que existir un motivo determinado para lograr el apartamiento del magistrado en un caso concreto, pero que bajo ciertas circunstancias la ley solamente legitima a un justiciable a no expresar cuáles son los motivos por los cuales recurre a esta institución, pero subjetivamente las razones realmente existen.----------

------ Respecto a las consecuencias de la recusación sin causa, previstas en el art. 16 del CPCC, señala Carlos Eduardo Fenochietto, (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 1, p. 94, Astrea, Bs. As., 2001), que fuera del examen formal de la recusación y del pase del expediente, el juez debe desprenderse inmediatamente de los autos, siendo nulas las decisiones que tome, incluso en algún precedente se decidió que era nula la sentencia misma. Agrega que, "sin embargo, por ser relativas las nulidades del procedimiento, el vicio quedaría saneado y válido, en consecuencia el fallo".----------

------ Vinculado a lo anterior, cita una nota de Palacio en Derecho Procesal Civil, tomo II, p. 315, nota 97, que señala, "se ha llegado a decir que es nula la sentencia si previamente el juez había aceptado la recusación sin expresión de causa (conf.: CNCiv., Sala E, La Ley, t. 111, p. 892 (9119-S). La solución es errónea por cuanto todas las nulidades procesales son relativas y quedan convalidadas, por lo tanto, si no se denuncia el vicio respectivo dentro del plazo legal…".----------

------ Como se observa, si bien la intervención del juez es nula, cuando no se atiene a proveer sólo lo relacionado con la recusación incoada, o no se desprende del expediente dentro de un día y lo pasa al subrogante legal, lo cierto es que se trata de una nulidad relativa. Y estas, pueden ser convalidadas por la parte perjudicada, si no se las impugna en el plazo de ley.----------

------ **III.B.-** Este planteo me obliga a revisar, cuál ha sido la postura esgrimida por este Cuerpo en relación a las nulidades procesales.----------

------ Fui el segundo votante en la sentencia que el Dr. Royer cita (SD N° 15/SRE/05), sostuve allí que por aplicación del principio de convalidación, la condición para admitir la nulidad es que no esté consentida por quien acusa ser perjudicado por ella.----------

------ Traje a colación en esa oportunidad, lo que había expresado en la SD N° 30/SRE/00, "que los procesalistas civiles homogéneamente afirman que las nulidades procesales son susceptibles de confirmación o convalidación y ello impone calificarlas como relativas, agregando que tal circunstancia no es alterada por el hecho de que la ley autorice la declaración de oficio. Concurre tal facultad de modo paralelo con la carga impugnativa de la parte interesada en la declaración, que además no podrá ejercer cuando haya operado la preclusión o renuncia de la respectiva impugnación".----------

------ "No obsta a lo expuesto que la irregularidad procesal que pudiera existir sea importante, ya que el consentimiento sanea el vicio, y el mismo se entiende que existe cuando la parte, teniendo a su disposición los medios procesales para articularla, no lo hace, pues es sabido que los derechos deben hacerse valer en la forma y oportunidades que correspondan."----------

------ En definitiva, entiendo que resulta claro que las nulidades procesales son siempre relativas, susceptibles de ser convalidadas, por la parte cuyo interés sea el afectado, sea en forma expresa o tácita.----------

------ **III.C.-** Para determinar si en el caso la parte convalidó la nulidad, voy a centrar el análisis del expediente en un momento anterior al dictado de la sentencia, pues es allí (a fs. 39 y 42) cuando aparece la irregularidad.----------

------ Y resulta determinante para el reclamo conocer si estos despachos fueron consentidos por la parte perjudicada, pues como ya dije se trata de nulidades relativas susceptibles de ser saneadas por la manifestación activa o pasiva que permitan inferir el consentimiento al proceder de lo actuado.----------

------ A fs. 43 y vta., obra la cédula y la constancia de diligenciamiento respectivamente del segundo despacho firmado por el juez recusado. El texto de la providencia que se notificó a la parte, dice:

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

"…Reanúdese el plazo de llamado de autos para resolver de fs. 38.- Fdo: Claudio Alejandro Petris-Presidente".----------

------ La parte conoció el contenido del despacho y quién lo firmó. Sin embargo no accionó en miras a obtener la declaración de nulidad de ese acto. Afirmo ello, al constatar que no surge ni del incidente en análisis ni del expediente principal (N° 632/2010) que tengo a la vista, constancia alguna de formación de incidente de nulidad con posterioridad al plazo de notificación de la providencia de fs. 42.----------

------ Y esa omisión se identifica con la convalidación tácita del acto, trasunta la intención de la parte de renunciar a la declaración de nulidad como resultado.----------

------ El casacionista acusa, la afectación de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa en juicio. Sin embargo, tuvo la posibilidad de cuestionar el acto viciado que sin dudas conoció -la segunda providencia e implícitamente la primera- y no lo hizo. No encuentro en este marco fáctico analizado, violación a las garantías constitucionales invocadas o indefensión del recurrente, sino más bien, la renuncia de su parte al ejercicio de sus derechos.----------

------ Esta conducta procesal exhibida por la parte interesada, me permite concluir que el Dr. Petris, actuó en ejercicio del poder jurisdiccional al momento de dictar sentencia, pues su intervención en el incidente había sido aceptada tácitamente, y por lo tanto saneado el vicio.----------

------ De ello surge, que no es el recurso de casación el remedio a la presunta nulidad que la parte arguye. Debió interponerse el incidente de nulidad contra la providencia que le fue notificada en tiempo procesal idóneo.----------

------ La convalidación del acto, por el silencio del recurrente, le cerró toda posibilidad de invocar la nulidad procesal que tardíamente pretende.----------

------ **III.D.-** Por lo expuesto, a la primera cuestión propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 55/61 y confirmar la sentencia interlocutoria de la Cámara de Apelaciones de Esquel registrada bajo el N° 120/2012, ASI LO VOTO.----------

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

------ Tal como voté la primera cuestión propongo al acuerdo: 1) Rechazar el Recurso de Casación deducido a fs. 55/61 contra la sentencia interlocutoria Nº 120/2012 de la Cámara de Apelaciones de Esquel (fs. 46/47). 2) Imponer las costas al incidentado vencido (art. 69, Ley XIII, N° 5). 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia en mérito a su extensión, calidad, eficacia y resultado obtenido: al Dr. O. S. G., letrado apoderado del incidentado, en el 25% de los fijados a su favor en primera instancia (art. 13 de la Ley XIII N° 4). Ello, siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiere.----------

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

------ Tal como voté a la primera cuestión, concuerdo con la que propiciara el Dr. Royer.----------

///

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

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

------ **1º) RECHAZAR** el Recurso de Casación deducido a fs. 55/61 contra la sentencia interlocutoria Nº 120/2012 de la Cámara de Apelaciones de Esquel (fs. 46/47).----------
---

------ **2º) IMPONER** las costas al incidentado vencido (art. 69, Ley XIII, N° 5).----------
---

------ **3°) REGULAR** los honorarios del Dr. O. S. G., letrado apoderado del incidentado, en el 25% de los regulados a su favor en primera instancia (art. 13 de la Ley XIII N° 4). Ello, siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (art. 7 de la Ley XIII Nº 4, modificada por Ley XIII Nº 15) y con más el IVA si correspondiere.----------
---

------ **4º) REGISTRESE,** notifíquese y oportunamente devuélvase.---------
Fdo. Dr. Fernando S.L. ROYER - Dr. José Luis PASUTTI.
Recibida en Secretaria el 05-05-2014.
Registrada bajo el N° 05/SRE/2014.CONSTE.
Fdo. Dra. Claudia Tejada - Secretaria.

///