En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Julio Antonio Alexandre, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Z., O. F. c/ E. – E. P. SA s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 80/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 6/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 769), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 748/752? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que por sentencia de fs. 748/752 se desestima la demanda, lo cual motiva la apelación por parte de la vencida tal, como obra a fs. 754, concedida a fs. 759 y expresadas las causas de la misma a fs. 758/761vta., a las que se opone la contraria a fs. 763/764 alertando previamente en cuanto a la omisión de tratamiento de la excepción de prescripción liberatoria opuesta oportunamente (fs. 134 p. III), contestada a fs. 147/148vta. y dando las razones para su rechazo y la resolución que difiere su tratamiento al momento de dictar sentencia de fs. 153, constatándose al fs.

748/752, que pese a ser un hecho mencionado los resultandos (fs. 749) fue omitido en los considerandos, no integrando el decisorio ni aún de modo implícito.

Y es que dada la naturaleza de tal defensa no encuentra relación con lo decidido y es que como bien se ha dicho: "… una cosa es resolver tácitamente una cuestión pero resolverla y otra soslayar una cuestión no resolverla por lo que se decide respecto de otra. En el primer caso cabe entender que lo resuelto tácitamente constituye resolución en el sentido constitucional. Porque aun cuando ello solo resulte de modo implícito es perceptible que el juzgador decidió dicha concreta cuestión. Pero en el segundo caso no existe resolución, sino inconstitucional silencio sobre la cuestión soslayada. Si las partes plantean diez cuestiones esenciales en orden lógico de sucesiva exclusión no puede sostenerse que resolviendo solo la décima se está evidenciando que todas las otras que le preceden con carácter excluyente han sido también, de hecho, resueltas" (ver, *v. gr.*, SCBA, 26/09/2007 – "Moraitis Gustavo Adolfo c/ Molinari Raúl Edgardo y otro s/ cobro de pesos"- cita: MJ-JU-M-17727-AR - MJJ17727 - MJJ17727).

Entiendo que la solución de tal omisión no es de las previstas en el art. 281 del CPr/DJ, al disponer: "El tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiere pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios", tácitamente circunscribe la operatividad de su contenido a cuestiones que pudieren haber sido remediadas por vía de la aclaratoria, caso que no es el de autos puesto que ese remedio jamás podría alterar lo sustancial de la decisión (art. 168 inc.2 del CPr/DJ), ya que tal

temperamento solo corresponde que se adopte cuando la omisión se refiera a cuestiones accesorias de la sentencia y no a lo medular de la decisión, puesto que si se refiriera a un tema tan central que hace a la procedencia o a la improcedencia de la demanda, se estaría afectando la garantía legal de la doble instancia; y, justamente, en el caso la omisión se refiere a un tema absolutamente trascendente.

A no olvidar que es deber del juez, tal como lo impone el inciso 6 del art. 165 del CPr/DJ operativo en la medida que lo autoriza el art.73 de la Ley XIV-1, decidir en forma las cuestiones que se someten a su juzgamiento, y el magistrado de grado anterior omitió nada más y nada menos que tratar la defensa opuesta por la demandada que, de tener favorable acogida, llevaría al indefectible rechazo de la demanda. El vicio que afecta a la sentencia es manifiesto y no se halla consentido (art. 172 del mismo cuerpo de normas) y la declaración de nulidad es procedente porque el acto ineficaz carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (art. 171, 2 párrafo, del mismo código) y, ciertamente, no la ha logrado (último párrafo del mismo artículo), estando facultado este tribunal para pronunciarse en el sentido que propongo (art. 255 de idéntico digesto) (ver en sentido análogo, *v. gr.*, CACiv. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 11/06/2008 –"Dithurbide Jorge Martín y otros c/ Maglianesi Luís Adolfo s/ reivindicación" - Cita: MJ-JU-M-26347-AR - MJJ26347 - MJJ26347).

Que habiéndose emitido opinión en cuanto al fondo de la cuestión, la resolución de la presente deberá remitirse al subrogante legal.

Asimismo, teniendo en cuenta que ninguna de las partes provocó la declaración de nulidad, opino que las costas por lo actuado deben ser impuestas en la sentencia válida que se dicte.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Declarar la nulidad de la sentencia dictada en autos, debiéndose remitir la causa al subrogante legal del fuero de conformidad a los considerandos pertinentes y difiriéndose la imposición de costas para cuando obre en autos pronunciamiento válido.

A la primera y segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios:

El alcance del fallo dictado, los antecedentes relevantes de la causa en orden a la cuestión debatida, los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el primer votante. Por tal razón y a fin de evitar repeticiones estériles a tales consideraciones me remito.

2. Tratamiento de los agravios:

El colega ha dado sólidos argumentos para nulificar la sentencia de primera instancia en función de la falta de tratamiento de la defensa de prescripción opuesta al progreso de la acción.

Huelga señalar que, efectivamente, estamos ante omisión esencial que afecta lo sustancial de la decisión, tornándola inválida.

Repárese que el actor reclamó por vía judicial el pago de la indemnización por despido indirecto y de diferencias salariales por encuadramiento convencional erróneo. La demandada opuso al progreso de la acción, en primer término, la defensa de prescripción y luego contestó la demanda alegando razones de fondo. La

jueza de primera instancia desestimó la demanda por razones de fondo y con base en tales consideraciones omitió el tratamiento de la excepción de prescripción (así expresamente lo señaló en el punto III-B-2 del fallo).

La secuencia procesal descripta demuestra la configuración de la incongruencia omisiva que denuncia la parte demandada. Es que el tribunal de grado no se ha pronunciado sobre una de las alegaciones sustanciales como lo es la excepción de prescripción que no puede, siquiera, considerarse implícitamente resuelta.

Huelga señalar que por su propia naturaleza la excepción de prescripción es perentoria por tratarse de una defensa procesal que extingue o excluye la acción del actor para siempre y acaba el pleito, aun sin examinar si está bien o mal fundada la acción. En efecto, "es una verdadera excepción, ya que no discute la legitimidad jurídica del reclamo, sino que manifiesta la existencia de un impedimento de hecho (el transcurso de un determinado plazo) que invalida el reclamo" (*cf*. Falcón Enrique M., "Tratado de derecho procesal civil, T. II, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2006, p. 255).

En función de lo expuesto y por razones de estricta lógica, aun cuando haya sido diferido su tratamiento para el momento del dictado de la sentencia definitiva, debe ser tratada en primer término por los efectos invalidantes que puede tener en orden al reclamo. La jueza ha alterado ese orden lógico, lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva y por estas razones que aduno a las dadas por el colega preopinante es que propicio la nulificación del fallo.

La solución precedente, conforme el criterio que he sustentado en anteriores pronunciamientos, habilitaría a este tribunal a resolver las cuestiones inherentes al caso. Ahora bien, esta postura no es la mayoritaria de la Sala que integro; en efecto, en anteriores pronunciamientos en los que se debatieron cuestiones similares a la presente, los restantes vocales han dado prevalencia al derecho a la doble instancia para sostener el reenvío.

Concretamente, el Dr. Nahuelanca dijo: "…de conformidad con la jurisprudencia de esta Cámara corresponde la devolución de los autos por no encontrarse asegurada la doble instancia y su consecuencia el principio de defensa (art. 18 CN)".

En el mismo pronunciamiento y debido a mi disidencia sobre este aspecto de la decisión, quien ha votado hoy en primer lugar sostuvo en aquella ocasión: "En cuanto a la devolución de la causa a la instancia de grado a los efectos de su pronunciamiento sobre la cuestión…, es criterio ya establecido por esta Sala y obran suficientes antecedentes al respecto (ver, *v.gr.*, causa "Doñate...", expte. nro. 16.330/07, registro de sentencias interlocutorias nro. 22/2008), de modo tal que adhiero a lo ordenado por el primer votante" (*cf.* SI n° 209/09 del 4/12/2009, dictada en autos: "R., M. c/ Honorable Concejo de Representantes de Comodoro Rivadavia y otro s/ ordinario", expte. nro. 142/09; asimismo en autos "Palacio c/ Alicurá y otros", expte. 264/11, SI 91/12 del 4/6/12).

Las razones expuestas analizadas a la luz del principio de economía procesal, determinan, con las reservas, del caso, el seguimiento de la doctrina mayoritaria de esta Sala que consagra una interpretación abierta y flexible del principio de la doble instancia y

consecuentemente la adhesión integral a la propuesta del Dr. Alexandre.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

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

1) Declarar la nulidad de la sentencia de fs. 748/752.

2) Remitir la presente causa al subrogante legal del fuero, de conformidad a los considerandos pertinentes.

3) Diferir la imposición de costas para cuando obre en autos pronunciamiento válido.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO **JULIO ANTONIO ALEXANDRE**

Jueza de Cámara **Presidente**

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara