RAWSON, 23 de Octubre de 2007.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: “C., M. D. s/ Incidente de Nulidad”(Expte. N° 16381- 2007 - C) (Expte. N° 21.059 -C- 2007).

DE LOS QUE RESULTA:

Que vienen los mismos a consideración del Tribunal en virtud del Recurso de Apelación Ordinario interpuesto a fs. 48 por el Dr. J. M. F. de las C. contra lo resuelto el 22 de Agosto de 2.007 por la Excma. Cámara de Apelaciones -Sala A- de la ciudad de Comodoro Rivadavia a fs. 41/45 y vta.- Funda el recurrente su presentación de conformidad a lo normado en el art. 254° del CPCC, y seguidamente aclara “...procede la vía intentada en mérito de la personalidad de la contraparte en el principal, la MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA”...

Que a fs. 49 la Excma. Cámara concedió el mismo, intimó al incidentista a constituir domicilio ante este Cuerpo y ordenó la elevación de la causa.

Que con posterioridad, dedujo el recurrente -a través de su Apoderada- subsidiariamente y “...para el supuesto en que el Excmo. ///Superior Tribunal declare mal concedido el de apelación ordinaria...” Recurso de Casación, el que corre agregado a fs. 57/66 y vta.

Que recepcionados los actuados por este Cuerpo, se llaman -fs. 70- autos para resolver la admisibilidad de los remedios procesales deducidos.

CONSIDERANDO:

Que previo al análisis de la cuestión expuesta al Cuerpo, dable es señalar que la sentencia cuestionada ha sido dictada para resolver un Incidente de Nulidad en una causa tramitada por la vía contencioso administrativa, en la cual la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia dictó la Interlocutoria opugnada, haciendo lugar a la incidencia planteada por el Sr. M. D.l C., y declarando -en consecuencia- la nulidad de las actuaciones iniciadas por el Dr. J. M. F. de las C. -como Apoderado de aquél- y caratulada: “C., M. D. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ Rec. Contencioso Administrativo” (Expte. N° 16.253/2007).

Que de ello deriva que, contra ese resolutorio, sólo existe la posibilidad de que las partes interpongan la Apelación prevista en el art. 133° de la Ley N° 3098, para ante este Superior Tribunal de Justicia, caso en que este Cuerpo oficia de Segunda Instancia Ordinaria. Sin embargo, el recurrente ha intentado el recurso contemplado en el art. 254° del Código de rito, esto es, el Recurso de Apelación Ordinaria, ///en que el Superior Tribunal actúa en Tercera Instancia contra las decisiones de las Cámaras de Apelaciones.

Que ante esta circunstancia, cabe reiterar diversos pronunciamientos emitidos por este Superior Tribunal de Justicia en el marco de los nominados “Recursos” Contencioso Administrativos que específicamente legisla la Ley N° 3098 de Corporaciones Municipales, en los que se ha fijado doctrina a los fines de interpretar el Capítulo XI de dicha norma, que aunque contiene pocos artículos, ha provocado cierta confusión al tiempo de ser invocado y/o aplicado, ya sea por parte de los justiciables, o de las Cámaras de Apelaciones de la Provincia cuando actúan en instancia originaria o bien como Alzada de las causas planteadas ante los Juzgados de Primera Instancia (S.I. N° 49/95; 13/SCA/96; S.D. N° 8/SRE/96, S.I. N° 99/SRE/01 y 76/SRE/03; S.D. N° 16/SRE/02; y S.I. N° 4/SCA/05, entre otras).

En esos fallos el Tribunal, además de preocuparse por salvar las deficiencias terminológicas, y dejar claramente establecida la naturaleza jurídico-procesal de éstos como “verdaderas acciones”, ha dicho que las mismas se rigen por las normas de su creación, y sólo subsidiariamente son aplicables las reglas del Procedimiento Civil, sin perjuicio de las remisiones expresas que se efectúan al CPCC en los arts. 132° y 133° de la norma referida en el párrafo anterior, en lo que no ha sido materia de normación específica en ésa.

Dentro de este marco jurídico dado por el art. 133° citado y en ejercicio de la competencia atribuida, a este Superior Tribunal le ///corresponde en este estadio procesal, examinar la admisibilidad del recurso de apelación, sin estar obligado ni por la voluntad de las partes ni por la concesión hecha por el juez de grado, por más que se halle consentida. Ello es así, desde que todo recurso ante la alzada está sujeto a un doble examen: el de admisibilidad y el de fundabilidad, y este último habrá de efectuarse después que se haya verificado la concurrencia de

la primera. (Conf.: Juan José AZPELICUETA - Alberto TESSONE en “La Alzada. Poderes y deberes.”- pág. 9).

Así en S.I. N° 76/SRE/03 se interpretó que “...el art. 133° de la Ley N° 3098 no manda seguir ninguna forma para la Apelación ante el Cuerpo...”. A la par que se advirtió que se ha admitido siempre -con criterio amplio- la opugnación de las decisiones tomadas por las Cámaras de Apelaciones en Primera instancia “... este Superior Tribunal ha admitido siempre -concedido que fue el recurso por las Cámaras de Apelaciones de las restantes Circunscripciones- la opugnación de las decisiones tomadas por aquéllas en primera instancia en el contexto de la Ley N° 3098, fueren de índole interlocutoria o definitiva, y cualquiera que fuese el objeto de alzamiento: sustantivo, adjetivo, y aún en materia de costas y honorarios” (S.I. N° 99/SER/01 y 4/SCA/05). Asimismo se estableció, que si bien es cierto que por el art. 133° -primer párrafo, última parte- de la Ley N° 3098, en esta Sede se le imprime el “trámite” de Apelación Ordinaria, de ello no debe seguirse que los principios para su admisión formal fueren los mismos... Por el contrario, el Tribunal ha sido proclive a superar ritualismos en este aspecto, de lo que dan cuenta los fallos mencionados y otros anteriores (S.I. N° 5/SRE/96, 3 y 15/SRE/98, 11/SRE/01 entre otras).

Que íntimamente relacionado con lo expuesto, el Cuerpo ya sentó criterio con anterioridad en S.D. N° 15/SRE/98 y 7/SRE/00, a favor del principio “pro recurso”, o si se prefiere de la Teoría del Recurso Indiferente.- Ésta, es explicada por el Dr. E. F. quien conceptualiza al “recurso indiferente”, al que también llama paralelo, y sostiene que es aquél que sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso, o que siéndolo se han omitido elementos formales, produce los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva que el recurso correctamente articulado (“El recurso indiferente”, publicado en LL 1979-B-1141). En cuanto a los fundamentos, afirma que existen varias razones para aplicar la teoría, tales como la decadencia del principio dispositivo llevado a sus últimas consecuencias en virtud de que el proceso no consiste en un juego de habilidades, sino que persigue adentrarse en la verdad material; que la simple concesión del recurso no implica en modo alguno el cambio de la resolución apelada; que no siempre las

resoluciones tienen la claridad que debería caracterizarlas; que la necesidad de ese tipo de arbitrios se basa principalmente en las distintas clases de recursos, el distinto cómputo de los términos, el distinto momento de fundamentación, y las distintas circunstancias que se pueden producir en el proceso". El autor se refiere a los orígenes de la doctrina, a las bases legales, al acogimiento de la teoría en la legislación positiva, que podría encontrarse en las facultades acordadas al juez en los arts. 34° inc. 5to. b) y 36° incs. 2) y 3) del C.P.C.C. Nacional (idéntico al nuestro en estas normas). Si bien aclara el autor que el recurso indiferente no procede en cualquier caso, sino que tiene límites aunque no muy precisos, entre los ///distintos supuestos menciona el caso del error en la denominación (Conf.:S.D. N° 11/SRE/01).

A más, también falló "...la recurrente pudo albergar duda razonable acerca de la vía impugnaticia habilitada, atento las previsiones de los arts. 254° y 255° C.P.C.C. ...y la paralela disposición del art. 133° de la Ley N° 3098...La duda razonable así inspirada configura un supuesto de aplicación de la "so wohl als auch theorie" ("teoría del recurso indiferente"), que permite salvar la validez del recurso deducido sin sujeción a los requisitos legales fijados para la vía electa, pero sí ateniéndose a los de otro utilizables según el ordenamiento vigente, haciendo con ello fecundo el uso del principio emanado del art. 34° inc. 5) apartados "b" a "e" C.P.C.C., conforme el cual es posible inclinarse por la concesión del recurso -acto que enrola en las actividades de dirección procesal- en los excepcionales casos en que se ofrezcan dubitaciones en cuanto a la procedencia formal" (Conf.: HITTERS "Técnica de los recursos ordinarios", LEP 1985, pág. 40/41; RIVAS "Tratado de los recursos ordinarios", Ábaco 1991, I - 106/108). "...el acogimiento de la teoría ...no importa otorgar un "bill de indemnidad" para circular por el camino de los procesos de impugnación a contramano de la normativa vigente, autorizando a los litigantes a alterar "un régimen de recursos cuyos esquemas estructurales ofrecen definitiva precisión técnica y dogmática"...; sólo es justificada su aplicación en aquellos excepcionales y extraordinarios supuestos -bien señalados por la doctrina alemana- en los cuales "se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso", ya que "tienen por objeto proteger al litigante ante circunstancias que exceden sus posibilidades", más "en modo alguno su objetivo está en la protección del justiciable temerario o ///negligente"....Únicamente cabe el uso de esta doctrina en las poco comunes situaciones de duda objetiva y ausencia de error grosero" (Conf.: SD N° 10/SRE/02).

Atentos estos precedentes, estimar que el remedio intentado por el recurrente con fundamento en el art. 254 CPCC no es viable, implicaría caer en ritualismo, máxime cuando -al amparo de la inveterada doctrina de este Cuerpo- en el aspecto formal el trámite siempre ha de ser el mismo.

A mayor abundamiento, recuérdese que en Sentencia Definitiva N° 15/SRE/98 se dijo "...la falta de concreción de la parte -que pudo inteligir, y bien, que la Ley N° 3098 amplía la competencia del

art. 32° de la Orgánica del Poder Judicial - no enervaba la aptitud de la Cámara de encauzar el recurso “iura novit curia”, con la competencia que es reconocida al juez de la admisibilidad...”.-

Éste es el caso de autos, donde medió un yerro al identificar la impugnación amparándose el recurrente en normas del Código de rito; no obstante, se dan los requisitos necesarios para que sea viable el Recurso de Apelación previsto en el art. 133° de la Ley N° 3098.

Por ello, superando exceso de formalismo en este aspecto, en atención al principio de celeridad procesal y en ausencia de un texto expreso, es pertinente seguir el criterio que propicia la doctrina citada anteriormente, dando curso al trámite de la Apelación (art. 34° inc. 5) ///CPCC, 133 Ley N° 3098), y en consecuencia, resulta pertinente poner los autos a disposición del apelante por el término de diez (10) días.

Finalmente, conforme se resuelve, solo resta señalar que deviene inoficioso avocarse al tratamiento de admisibilidad del Recurso de Casación deducido subsidiariamente por el opugnante para la eventualidad de que la primera impugnación hubiese sido rechazada.

Que por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia;-

R E S U E L V E :

1°) DECLARAR ADMISIBLE el Recurso de Apelación interpuesto por el Dr. J. M. F. de las C. (art. 34° inc. 5) CPCC, 133 Ley N° 3098). Sin costas.

2°) PÓNGASE el Expediente a disposición del apelante por el término de diez (10) días, a contar desde la notificación de la presente.

3°) REGÍSTRESE y notifíquese.

La presente se firma con dos Miembros de la Sala, por encontrarse el Sr. Ministro, Dr. Daniel Luis Caneo, en uso de licencia.

Fdo. Dres. José Luis Pasutti y Fernando S. L. Royer.

RECIBIDA Y REGISTRADA EN SECRETARÍA EL 24/10/07 BAJO EL N° 80/SCA/07