RAWSON, 09 de Junio de 2009.-

------ **VISTOS:** ----------

------ Estos autos caratulados: **"A. D. M. S.A.C.I.F.I.A. c/ Municipalidad de Epuyén s/ Recurso Contencioso Administrativo"**(Expte.N°68-2008) (Expte. N° 21.647 -A- 2009).----------

------ **DE LOS QUE RESULTA:** ----------

------ Que vienen los mismos a consideración del Tribunal en virtud del Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto a fs. 61 por A. D. M. S.A.C.I.F.I.A. contra lo resuelto el 2 de Febrero de 2009 por la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel a fs. 56/59. Funda el recurrente su presentación de conformidad a lo normado en el art. 254° del C.P.C.C, y seguidamente aclara "...en el plazo y forma determinados por los arts. 244 y 245 del mismo rito...".---

------ Que a fs. 71 la Excma. Cámara mediante Sentencia Interlocutoria N° 32/2009 concedió el remedio intentado, refiriendo en el VISTO *"...conforme lo autoriza el art. 133° de la N° 3098 y los arts. 254° y 255° del CPCC..."*, intimó -art. 2°- a las partes a constituir domicilio ante este Cuerpo y ordenó la elevación de la causa -art. 3°-.----------

------ Que a fs. 74 y 75 las partes fijaron domicilio en la ciudad de Rawson, dando cumplimiento a lo requerido.----------

///--- Que recepcionados los actuados por esta Sala, son girados a Dictamen del Sr. Procurador General, quien se expide a fs. 83 y vta. opinando que, sin perjuicio de que el apelante ha fundado el remedio intentado en el art. 254° del CPCC, corresponde declarar formalmente admisible el recurso en los términos del art. 133° de la Ley N° 3098, pues lo contrario implicaría caer en ritualismo.----------

------ Que a fs. 84 se llaman autos para resolver la admisibilidad del remedio procesal deducido.----------

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

------ Que la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, objeto de impugnación, rechazó el "*recurso contencioso administrativo*" que A. D. M. Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria dedujo contra la Municipalidad de Epuyén, por el cual pretendió se dejara *"...sin efecto la Resolución N° 358/07... que veta la Ordenanza Municipal N° 821/07 en forma total, declarándola nula y manteniéndose en todas sus partes la número 345/07..."*, según expuso en el libelo inicial (Apartado I - Exordio), que corre agregado a fs. 21/23 y vta. de autos.----------

------ Que de ello deriva que, contra ese resolutorio, sólo existe la posibilidad de que las partes interpongan el Recurso de Apelación previsto 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 –confusamente- ha intentado el recurso contemplado en el art. 254° del Código de rito esto es, el de Apelación Ordinaria, en que el Superior Tribunal actúa en Tercera Instancia contra las decisiones de las Cámaras de Apelaciones, /// pero refiriendo a los arts. 244 y 245 CPCC; a su vez el Tribunal de Esquel, hubo concedido promiscuamente ambos.----------

------ 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 y 80/SCA/07, entre otras).----------

------ En esos fallos el Tribunal, además de 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 "... 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/SRE/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. Enrique FALCÓN 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).----------
-

------ Concordante: “...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).----------

------ A mayor abundamiento, recuérdese que en S.D. 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 lo que aventando rigorismos, en atención al principio de celeridad procesal y en ausencia de un texto expreso siguiendo la doctrina

preexpuesta cabe dar curso al trámite de la Apelación (art. 34° inc. 5) CPCC, 133 Ley N° 3098), y en consecuencia, procede poner los autos a disposición del apelante por el término de diez (10) días.----------

------ 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 interpuesto por A. D. M. S.A.C.I.F.I.A. en el marco del 133° de Ley N° 3098 (art. 34° inc. 5) CPCC). 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 Miembros de la Sala por encontrarse el Dr. José Luis Pasutti en uso de licencia.-

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer. Daniel Luis Caneo

Recibida y Registrada en Secretaría el 11/06/09 Bajo el N° 23/SCA/09

///