--- Trelew, de Junio de 2017.----------

---- **Y VISTOS:** El recurso de queja por apelación denegada, deducido a fs. 7/8vta. en esta causa; y----------

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

-------- I.- Que la Jueza de grado resolvió rechazar el recurso de apelación subsidiariamente deducido a fs. 2/3, por entender que, al ser inadmisible la revocatoria que acompañó aquella presentación, la misma suerte debía correr aquel recurso.---------- La quejosa cita diversa jurisprudencia contraria a lo resuelto, que entiende admisible el recurso de apelación deducido subsidiariamente, incluso ante la inadmisibilidad de la revocatoria, siempre y cuando el primero reúna los requisitos para ser tratado como un recurso directo. Asimismo, cuestiona la resolución recurrida en tanto entiende que resuelve de manera contraria al interés superior de los niños, por cuanto su centro de vida se encuentra en la ciudad de Trelew, y no en la localidad de Sarmiento.---------- --- II.- Que, no obstante desarrollarse por distintos fundamentos, corresponde hacer lugar a la queja, y conceder el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto (este Sala, S.D.C. nº 09/14; S.D.L. nº 17/13, S.I.F. nº 29/13; entre otras).---------- --- Si bien es cierto que existe una inveterada doctrina en esta sala de esta Alzada respecto que la apelación subsidiaria de una revocatoria inadmisible no puede concederse como si se tratara de una apelación directa, correspondiendo su desestimación (S.I.C. N° 168/1990, S.I.C. 16/1991, S.I.C. 23/1991, S.I.C. 132/1994, S.I.C. 164/1997, S.I.C. 106/2000, S.I.C. 121/2000, S.I.C. 35/2012 y S.I.C. nº 03/2011, entre muchas otras), lo cierto es que –en este caso- el recurso de revocatoria deducido por la recurrente se trató de una de las soluciones posibles ante la resolución del *a quo* de fs. 1. --- En efecto, la decisión por medio de la cual la Magistrada de grado se entendió incompetente en autos debió disponer la forma de una sentencia interlocutoria (conf. doc. arts. 8 y 355 C.P.C.C.). Sin embargo, la Jueza de grado decidió declararse incompetente a través de una —al menos en su forma— providencia simple, la cual arts. 162, 240 y 243, inc. 1° C.P.C.C. mediante, admite el recurso de revocatoria y el de apelación en subsidio, por causar un gravamen irreparable a la parte. Ello en tanto la resolución de fs. 1 no dispone ni la forma ni la fundamentación que exige una sentencia interlocutoria, por lo que cabe reputarla de naturaleza simple (art. 163 C.P.C.C.).----------

---- Es así que no puede el Tribunal orientar la solución de su competencia a través de un tipo de resolución y pretender que la parte deduzca sus recursos según la forma en que la decisión debió haberse estructurado. Y mucho menos negarle las vías recursivas dispuestas si estas siguieron la forma elegida por el Tribunal. Ello, en tanto el juez debe delimitar en su alcance y completar sus elementos en cada caso dentro de la buena fe, la cual —como principio general del derecho— consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta.----------

--

--- No es sobreabundante agregar también que la regla sobre la inadmisibilidad de apelación subsidiaria de reposición inadmisible, nacida a partir de la S.I.C. 168/90, cuenta

como excepción el supuesto en que el impugnante pueda albergar una duda razonable en punto a la procedencia formal de la reposición (esta sala, S.I.C. N° 127/2001). Tal el caso subexamen, en el que esa duda razonable se objetiva con la consideración de que, de atenerse el intérprete a la mera y estricta literalidad del art. 162 C.P.C.C., la resolución cuyo ataque tentaba, por la forma en que fue dispuesta, no constituía una sentencia interlocutoria sino una providencia simple, atacable pues por el sendero de la reposición.----- Esta duda razonable 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 utilizable según el ordenamiento vigente, haciendo con ello fecundo uso del principio emanado del art. 34 inc. 5° apartados "b" a "e" C.P.C.C., conforme al cual es posible inclinarse por la concesión del recurso -acto que se enrola en las actividades de dirección procesal- en los excepcionales casos en que se ofrezcan dubitaciones en cuanto a su procedencia formal (confr.: Hitters, "Técnica de los recursos ordinarios", L.E.P. 1.985, págs. 40/41; Rivas, "Tratado de los recursos ordinarios", Abaco 1.991, I-106/108).----------

----- Importa remarcar aquí que el acogimiento de la teoría del recurso indiferente no significa 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" (Mercader, "Facultades del Tribunal de Alzada...", J.A. 1.959-IV192). 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 "tiene por objeto proteger al litigante ante circunstancias que exceden sus posibilidades", mas "en modo alguno su objetivo está en la protección del justiciable temerario o negligente" (Falcón, "El recurso indiferente", L.L. 1.975-B-1.139). Únicamente cabe el uso de esta doctrina en las poco comunes situaciones de duda objetiva y ausencia de error grosero (confr.: Arruda Alvin, "Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais de existencia dos recursos", Revista de Processo, Sao Pablo oct.-dic. 1.987, pág. 20, n° 48).----------

---- Entendida así la cuestión, además, no debe dejar de señalarse que la forma en que se resolvió el incidente supone un gravamen para la parte de difícil reparación posterior, pues —precisamente— decide que el trámite del expediente se sustancie en una jurisdicción distinta a la que el padre de A. J. y A. A. invoca como su centro de vida, pudiendo comprometer no solo el derecho de defensa en juicio y debido proceso que se encuentra garantizado por la Constitución de la Provincia (art. 18, inc. 9º, y 44) y de la Nación (art. 18) (conf. López Mesa–Rosales Cuello, "Código procesal civil y comercial de la Nación", AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, T. I, p. 934 y sig.), sino también el interés superior de los niños, tutelado por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061, la Constitución de la Provincia del Chubut y la Ley III N° 21, criterio de

carácter imperativo para las decisiones de las autoridades (esta Sala, S.D.C. N° 56/2009; S.I.F. 05/2016; conf. S.T.J.Ch. S.I. nº 35/S.R.O.E./2015; C.S.J.N., sentencia del 01/06/2004, JA 2004IV-754; 13/03/2007, JA 2007-III-48; C.S.J.N., 03/04/2001, voto en disidencia del Dr. Petracchi). Y, en este sentido, es sabido que es potestad de la Alzada determinar la existencia o inexistencia del interés procesal en la vía recursiva que se intenta (doc. art. 268 y 279, ley XIII nº 5; conf. Azpelicueta–Tessone, "La alzada. Poderes y deberes", Ed. Platense, La Plata, 1993, p. 65 y sig.). Al respecto expresó esta Sala que "la admisibilidad del recurso denegado se sustenta, entre otros supuestos, en la necesaria existencia de 'gravamen irreparable', esto es, que lo decidido impida o tenga por extinguido el ejercicio de una facultad o de un derecho procesal o imponga el cumplimiento de un deber legal, sin admitirse su posterior revisión" (S.I.L. nº 12/2011). Lo que resulta aplicable a la especie que se examina en función de las constancias del legajo.----------

--- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE:**----------

--- Hacer lugar a la queja de fs. 7/8vta. de este legajo.----------

--- Conceder en relación y con efecto suspensivo el recurso de apelación en subsidio de fs. 2/3vta. contra la resolución de fs. 1, correspondiendo su sustanciación en el grado.----------

--- La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse vacante la restante vocalía de la Sala (art. 7º y 8°, ley V nº 17).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase para ser agregado al principal.----------

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2017 – SIF. - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES