

Cipolletti, 3 de marzo de 2016

Reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, doctores María Alicia Favot, Elda Emilce Alvarez y Marcelo A. Gutierrez, con la presencia del Sr. Secretario Dr. Jorge A. Benatti, para resolver en autos "ARISMENDI ESTHER ROSA C/ JEREZ HUGO JULIO S/ DIVISION DE SOCIEDAD CONYUGAL" (Expte. N° 2918-SC-15), elevados por el Juzgado de Familia N° 5, de esta Circunscripción, de los que:

RESULTA:

La Dra. María Alicia Favot dice:

Que se presenta la actora apelando la providencia de fecha 30/10/15 en la parte en la que la juez ordena "peticionar en los autos pertinentes".

Requería la apelante la transferencia del saldo obrante en una cuenta del expediente n° 2095/02 "JEREZ HUGO JULIO Y OTRA c/BCO BBVA FRANCES S.A s/ACCION DE AMPARO (SUMARISIMO)", de trámite en el fuero federal.

La particularidad de este planteo viene dada por la concesión del recurso de apelación en subsidio, otorgado por la juez de grado, sin haber antes tratado en forma expresa, el recurso de revocatoria.

Cabe entonces efectuar un análisis previo acerca de la posibilidad o no de tratar el recurso de apelación concedido subsidiariamente sin que antes estuviera denegada la revocatoria interpuesta.

De entender que es éste un presupuesto indispensable, que la juez de la única forma que pudo haber habilitado la vía apelatoria es resolviendo negativamente la revocatoria que le antecedía, el recurso de apelación no podría ser tratado.

Mas ello depende del punto de vista respecto de las formas procesales,y ellas, entiendo no son todas indisponibles.

Creo con Goldschmidt, que solo lo son aquellas que puedan afectar la bilateralidad del contradictorio o en términos más generales, la garantía del debido proceso (definido el mismo como "el procedimiento realizado sin desmedro y agravio para el derecho de las partes" (Amaya, Cuadernos, p. 40), ambos autores citados por Alberto Maurino en su libro, Nulidades procesales,pág. 9, 2a edición Ed. Astrea.

Así, se pregunta Maurino, ¿hasta qué limite el juez o las partes pueden disponer de las formas del proceso?

Cita que para Alsina, el valladar estaría dado por el interés o el orden público, aunque

este concepto es lável, "relativo y no constituye por lo tanto un concepto universal" (Lascano, Jurisdicción y Competencia, p. 246).

El proceso moderno es antiformalista, contempla las formalidades en cuanto tienen un contenido, así se concluyó en las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de Bogotá , ya en el año 1970, mucho más en la actualidad entonces,- cuarenta y seis años después-, este concepto se ha profundizado.

En este proceso, en el que no se halla trabada litis alguna, en el que la jueza omitió resolver la revocatoria, pero otorgó la apelación subsidiaria, cabe - a mi entender- razonar en este sentido la omisión: la a quo no podría haber hecho lugar a la revocatoria y a su vez haber concedido la apelación, de lo que se desprende necesariamente que dicha omisión, no afecta en absoluto el entendimiento de que resultó implícitamente denegada por la habilitación de la vía de la apelación subsidiaria.

Ello no significa que este razonamiento pueda ser aplicable a todos los casos que se planteen, ni que el órgano de apelación deba efectuar esfuerzos para salvar deficiencias formales.

Más entiendo que si bien el proceso indica que debe resolverse primero la revocatoria por la negativa, para habilitar la vía subsidiaria de la apelación, y es deseable que los jueces respeten las formalidades, aún las que no resulten de orden público, en el caso de autos es evidente que se ha tratado de una omisión involuntaria que no modifica el hecho consecuente: nada más que la concesión de la apelación pudo seguir al hecho anterior de la denegación implícita a la revocatoria interpuesta.

Distinto hubiera sido el caso en el que la juez hubiera concedido un recurso no contemplado, (vrg: conceder una apelación por un recurso de apelación denegado, ante lo cual correspondería una queja), pero en el presente proceso, la admisión a tratamiento de la apelación concedida en subsidio, aún sin el requisito previo de la denegatoria formal de la revocatoria interpuesta, no hace más que evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, sobre todo cuando se trata de una sola parte (no hay bilateralidad) y ésta tampoco objetó la concesión en el modo en que se lo hizo, con lo que convalidó la providencia de la juez de grado, entendiendo que la revocatoria había sido implícitamente denegada al concederse la apelación como lo hizo.-

Aclarado el punto entonces, trataré el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO:

Que resulta de la ley (arts. 271, sgts. y ccds. del Código Procesal Civil y Comercial), de la doctrina (Hitters Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios", Ed. Platense,

Buenos Aires 2000, págs. 156/7; Rodríguez Saiach Luis A., Teoría y práctica de las nulidades y recursos procesales, Ed. Gowa, Buenos Aires 2000, págs. 387 y ssgts.) y de la jurisprudencia (citada en las obras mencionadas), que la Cámara es el juez del recurso de apelación, teniendo suficientes facultades para examinar de oficio la concesión del recurso, sin encontrarse ligada por la resolución de Primera Instancia ni la conformidad de las partes. Sí se encuentra limitada por la relación procesal y los agravios del recurrente.

Siendo entonces facultad de esta Alzada proceder al análisis del recurso de apelación, el que se encuentra sujeto a un doble examen: el de admisibilidad y el de fundabilidad, exigiéndose -respecto del primero de tales exámenes- que el recurso sea idóneo, jurídicamente posible y que cumpla los recaudos de tiempo, lugar y forma.

Es claro que el juicio de admisibilidad es previo al de fundabilidad, y que la ausencia de cualquiera de los recaudos de tal naturaleza exime al órgano de apelación de emitir opinión sobre el mérito del asunto.

Establece el art. 242 del CPCC que "El recurso de apelación, salvo disposición en contrario, procederá solamente respecto de...2) Las sentencias interlocutorias cuando rechacen de oficio la demanda, declaren la cuestión de puro derecho, decidan las excepciones previas y las resoluciones que pongan fin al juicio o impidan su continuación. 3) Las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva y las providencias cautelares...".

La expresión legal "solamente", respecto de las cuestiones enunciadas en el precepto, debe ser respetada por los jueces concediendo la apelación para los casos taxativamente enumerados.

La resolución puesta en crisis no encuadra en ninguno de los supuestos taxativamente previstos en el art. 242 del CPCC, desde que se trata de una providencia cuyos efectos carecen de los rasgos de definitividad que hagan atendible su tratamiento en la Alzada.

La providencia atacada solamente le indica cuál es la vía correspondiente para peticionar.

Se trata de una providencia de mero trámite que no se pronuncia acerca de cuestiones sustanciales y que no causa gravamen. "Una providencia simple causa gravamen irreparable y es susceptible de apelación cuando, una vez consentida, sus efectos son insusceptibles de subsanarse o enmendarse en el curso ulterior del procedimiento" (conf. Fassi-Yañez, "C.P.C.C.N., comentado, anotado y concordado", T.2, Ed. Astrea, pág. 281).

En el caso de autos, dicha providencia no le impide o coarta el ejercicio de derecho alguno, ni se ha pronunciado sobre ninguna pretensión sustancial, por lo que, entiendo que el recurso no debió concederse.-

La Dra. E. Emilce Alvarez dice:

Avocada a analizar la cuestión que fuera objeto de análisis preliminar en el voto ponente, adelanto mi discrepancia con la posición sustentada en él.

Sostiene la Dra. Favot en su voto que la omisión de la jueza de grado al haber concedido el recurso de apelación deducido en subsidio de la reposición articulada, sin haberse expedido respecto de esta última, debe ser entendida como rechazo de la revocatoria y en tal sentido considera procedente dar tratamiento a la apelación articulada, abordando el análisis de procedencia formal de dicho recurso, con un criterio flexible respecto del cumplimiento de las formas procesales, que entiende para el caso como disponibles.

Considero por el contrario que la expedición de la Jueza de grado ante la que se dedujo la reposición era un requisito insoslayable para habilitar la instancia del recurso de apelación; resolución que además, para producir tal efecto, debía consistir en el rechazo del recurso de reposición.

Sostengo tal entendimiento en las siguientes razones:

Las resoluciones judiciales deben ser expresas, no existe en este ámbito la denegatoria por silencio. Ni tampoco es dable atribuir un sentido implícito a la no resolución, más allá del de una mera omisión de pronunciamiento.-

Las decisiones deben ser motivadas, lo que implica que frente a la reposición los jueces ya no puedan proveer un simple “no ha lugar”, debiendo expresar los fundamentos de la denegatoria, los que luego serán revisados por la Cámara en caso de tratar la apelación subsidiaria.

El carácter subsidiario de la apelación articulada, que por ser tal se viabiliza recién cuando la revocatoria es rechazada “expresamente”.-

En el objeto de ambos recursos: a) El de la revocatoria enfocado en lograr que el juez modifique por contrario imperio una decisión (vertida mediante providencia simple, decretos o resoluciones que no decidan artículo o no hayan tenido sustanciación previa), que el litigante considera que le causa agravio; y b) El de la apelación subsidiaria por el que se intenta obtener una revisión de la decisión, por la Alzada, en pos de lograr el objetivo que no se obtuvo en la instancia de grado.

Se sustentan normativamente los argumentos que anteceden en lo dispuesto por el art.

161 del C.P.C.y C., contenido en el Capítulo de las Resoluciones Judiciales, el que al reglar la Sentencia Interlocutoria expresa que las mismas “...resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Además de los requisitos enunciados en el art. 160, (se refiere a los requisitos de las providencias simples) deberán contener:

1. Los fundamentos.
2. La decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas.
3. El pronunciamiento sobre costas.

Los mismos requisitos deberán contener las providencias que, a pesar de haber sido dictadas sin sustanciación previa, exceden el contenido de las previstas en el artículo anterior (en referencia al 160, sobre providencias simples), las que se regirán por el régimen establecido para las sentencias interlocutorias.” (la negrita me pertenece).

De manera que el pronunciamiento omitido por la judicante de grado, quedaba en mi opinión comprendido en la última parte del artículo 161, lo que determina inexcusablemente que debió ser expreso, motivado y preciso en cuanto al contenido de la decisión.-

Enrique M. Falcón, al referirse a las sentencias interlocutorias, en cuyos requisitos se encuentran abarcadas las del art. 161 in fine del C.P.C. y C. sostiene lo siguiente: “Las resoluciones interlocutorias además de los requisitos de las resoluciones simples requieren la exposición de sus fundamentos, siempre, en todos los casos, bajo pena de nulidad (art. 34 inc. 4* C.P.C.C.N.). Los fundamentos son los principios sobre los que se va a basar la decisión. Representan cada una de las razones esenciales que procuran afianzar algún hecho como antecedente de la aplicación de la norma jurídica. Constituyen la construcción lógica que subsume los hechos planteados en la norma jurídica e interpreta, fija, da el alcance o resuelve una cuestión de derecho o mixta, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.” (Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T.I, págs. 573/574).-

Oswaldo Alfredo Gozaíni, al referirse a la “Clasificación de las resoluciones judiciales” expresa: “Respecto de las interlocutorias, el deber de fundamentar es el más importante porque tiene raigambre constitucional. Este requisito, lejos de constituir una solemnidad secundaria y dispensable, constituye una de las más trascendentes garantías de la justicia, cuyo cumplimiento debe exigirse en todas las ocasiones.” (“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y comentado”, pág. 394, 4* párrafo, Ed. La Ley, ed. 2002).-

Tales exigencias no son ni más ni menos que la aplicación práctica de la garantía del debido proceso a la que se aduna el deber de motivar los pronunciamientos en resguardo del derecho de defensa en juicio, en tanto permite a las partes controlar la motivación de la decisión y su ajuste a ley, evitando el vicio de arbitrariedad.- Valga recordar aquí la prescripción del art. 200 de nuestra Constitución provincial.-

Existen además otros aspecto de orden práctico relativos a que el recurso de reposición tiene incito razones de economía procesal, al habilitar al mismo juez que dispuso la decisión cuestionada, su reconsideración y modificación en base a los fundamentos vertidos por el recurrente, evitando los más dilatados términos que implica transitar una segunda instancia; la que no obstante se habilita en caso de rechazo de la reposición, generando así una chance más al agraviado.-

Ahora bien, en lo que respecta al carácter subsidiario de la apelación, cabe recordar lo sostenido en el sentido que: “En cambio, se ha decidido que el recurso de apelación en subsidio, de carácter excepcional, procede sólo contra el auto que resuelve la reposición, siempre que se reúnan las condiciones del art. 242 del Código procesal, lo que presupone que sea admisible el de reposición, pues de lo contrario, debe interponerse directamente la apelación...” (Cám. Apel. Azul, sala civil y com., Jurisp.Arg., 1970, reseñas, p.43, n*49 y p.44 n*51. Cám. 1*, sala II, La Plata, causa 193.144, reg int.276/85; 193.416, reg. Int. 31.318/85. Cám. 1* apel. Mercedes, La Ley, 1977, v. C, p.509) Citado por Morello, Sosa y Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial Prov. De Bs. As. Y de La Nación, Comentados y Anotados, T.III, pág. 63).-

Expresan al respecto las Dras. Highton y Areán al tratar el “Recurso de Apelación Subsidiaria” que: “...El mecanismo de la subsidiariedad funciona de tal modo que el recurrente impugna de antemano para el hipotético supuesto que sea desestimada la reposición. El instituto ha sido objeto de resistencias. La primera objeción que se ha formulado, es que con esta modalidad queda alterado el esquema general de los recursos porque se permite la interposición de un medio de ataque sin la existencia cierta de un agravio, que en su caso, se configuraría en el futuro, una vez repelido el recurso de reposición. Pero la doctrina mayoritaria ha controvertido esta observación al sostener que se trata de un perjuicio cierto pues al momento de incoar el recurso, existe, aunque luego, si el primer embate tiene éxito, se extingue.”

Sostienen más avanzado el mismo acápite las destacadas tratadistas, expresando su discrepancia con la posición sostenida por Ibañez Frocham, quien ve con disfavor la acumulación subsidiaria de recursos en tanto le cuesta admitir la situación de duda que

ello en su opinión implica, lo siguiente : “No coincidimos con esta apreciación pues la naturaleza de esta articulación subsidiaria de los recursos no radica en un elemento subjetivo como una “duda”, sino en la aplicación del principio de eventualidad o de acumulación eventual, en virtud del cual todas las alegaciones que son propias de las etapas preclusivas, deben plantearse en forma simultánea y no sucesiva de manera que en el caso de repelerse una de ellas pueda obtenerse un pronunciamiento favorable sobre la otra u otras que quedan planteadas in omnen eventum.” (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinario y Jurisprudencial. T.4, págs. 736/737; Ed. Hammurabi).-

Lo expuesto precedentemente corrobora el mecanismo de habilitación de la instancia de la apelación subsidiaria.-

Tampoco coincido con lo sostenido en el voto precedente en cuanto a la disponibilidad de las formas, por entender que en autos no se plantea una cuestión relativa al cumplimiento de las formas que deben guardar los pronunciamientos jurisdiccionales según el tipo del que se trate; sino de una cuestión substancial cual es : la ausencia de pronunciamiento.

No se trata en los presentes de soslayar la falta de ajuste de la decisión a las formas impuestas por el rito, en pos de flexibilizar las mismas en aras de la celeridad, etc.; se trata de la ausencia total y absoluta de pronunciamiento que resuelva el recurso de revocatoria planteado. Tal omisión obsta en mi opinión a la habilitación de la instancia de apelación.-

En virtud de lo postulado precedentemente no abordaré el análisis de procedencia formal del recurso de apelación cuya instancia considero que no se encuentra habilitada. Por lo expuesto propongo al acuerdo declarar mal concedido el recurso de apelación subsidiario articulado a fs.50/51 y concedido a fs.52, debiendo ordenarse la remisión de los autos al juzgado de origen a fin de que se proceda al dictado de la resolución omitida. Sin costas. Mi VOTO.-

El Dr. Marcelo Gutiérrez dijo:

1.- Si bien mis colegas preopinantes coinciden en el resultado que le toca a la apelación “en subsidio” que nos ocupa (esto es: declararla “mal concedida”); no obstante no acuerdan en el fundamento que las lleva a sostener ese desenlace.-

El origen de esa disidencia se focaliza en la circunstancia de que, luego de interpuesto el recurso de reposición con apelación subsidiaria, la “a quo” dictó la providencia de fs. 52, mediante la cual concedió la última impugnación, sin antes haberse pronunciado en

forma expresa sobre la suerte de la primera. En otras palabras, la reposición no fue decidida en primera instancia.-

Dicha irregularidad, por cierto clara, inusual y no deseada, dio motivo a las posturas discrepantes. Por un lado la doctora María Alicia Favot, estima -a fin de no incurrir en formalismos- que el hecho de la concesión de la apelación puede interpretarse como una denegación tácita de la reposición; agregando que todavía no existe bilateralización de la causa, y que el propio recurrente habría convalidado la providencia del grado; por lo que procedió luego a tratar la apelación propiamente dicha, expidiéndose en el sentido ya expuesto (mal concedida).-

De otra parte la doctora E. Emilce Álvarez considera -en síntesis- que el pronunciamiento negativo expreso de la jueza de grado era un recaudo insoslayable para habilitar la apelación subsidiaria; por lo que -no habiéndose procedido de ese modo- este último remedio ha sido mal otorgado por la “a quo”.-

Las secuelas de ambos criterios resolutivos son muy diferentes, pues el primero implica lisa y llanamente el cierre adverso de la impugnación para el recurrente, mientras la segunda postura entraña retrotraer la causa al momento en que la “a quo” debió decidir (de modo expreso) sobre el recurso de reposición. Con ello una eventual y posterior intervención de esta alzada sobre el asunto materia de recurso, quedaría sujeta a una hipotética resolución negativa sobre aquél otro remedio.-

2.- Ambas tesis esbozadas por las preopinantes son merecedoras de reconocimiento, dado los “valores” que trasuntan y que, desde perspectivas diferentes tienden a tutelar el debido proceso, la economía y celeridad, los intereses de los litigantes y las normas aplicables.-

Me toca superar esa disidencia mediante la adhesión a una u otra postura; dado que la ley requiere el voto fundado de la “mayoría” de los miembros del Tribunal. Esa exigencia no se vería satisfecha si el suscripto adoptase una tercer postura en cuanto al resultado o en lo tocante a las motivaciones del mismo; pues en esta última vertiente simplemente existirían tres opiniones distintas (vid. R. Fernández, “Mayorías Coincidentes en las Resoluciones de los Tribunales Colegiados”, en Recursos Ordinarios, pág. 135 y s.s., A. Ferreyra de De la Rúa, ed. Advocatus).-

3.- Siendo ello así, en el caso del “sub examine” me inclinaré por adherir a la postura expuesta por la doctora E. Emilce Álvarez; sin mengua de reservarme -o dejar a salvo- otras posibilidades puntuales o conceptuales sobre la temática.-

Ante todo señalaré que este Tribunal de alzada tiene facultades para revisar, aún

oficiosamente, lo actuado en la primera instancia en lo referente al remedio de reposición, incluso en cuanto a su oportunidad y recaudos (vid. (vid. E. Falcón y J. Colerio, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tº 8, pág. 183, Ed. Rubinzal Culzoni), y obviamente en orden a los presupuestos formales para decidir la reposición o eventualmente conceder la apelación.-

Cabe reiterar que los presentes no llegan a esta alzada en virtud de una apelación directa, sino de la interpuesta “en subsidio” de otro recurso previo, como es el de reposición. El art. 241 del CPCC permite la acumulación de esas impugnaciones, que deben resolverse en trámite sucesivo, no simultaneo ni accesorio, lo que permite a los justiciables, en el supuesto de que la revocatoria sea rechazada, “rescatar” el recurso, manteniendo la impugnación como “apelación” (vid. E. Falcón y J. Colerio, op. cit., pág. 295). Dado que esta última reviste ese carácter “subsidiario”, va de suyo que de toda lógica presupone una decisión previa sobre el primer recurso.-

La decisión judicial en un expediente consiste en la “manifestación de voluntad” del magistrado tendiente a resolver, en un sentido o en otro, un asunto que es preciso dirimir; pero por imperio legal debe hacerlo de manera “expresa”. La inexistencia de una deliberada decisión del magistrado no puede ser suplida por la interpretación sobre cual pudo haber sido su criterio resolutivo (implícito) en el asunto; si es que lo tuvo.-

Para lo que al caso importa, y en lo concerniente al remedio de reposición incoado, tal resolución es simplemente inexistente.-

Salvo excepciones que no se verifican en la especie (vgr. renuncia al recurso por el litigante o desistimiento expreso de su parte al mismo, etc.) no queda abierta la posibilidad de inferir que habría terciado una denegatoria tácita de la reposición; pues esta es el recurso principal y el de apelación sólo reviste -precisamente- un carácter supeditado a la desestimación del primero.-

En tal sentido, es prevaleciente la jurisprudencia que afirma que la instancia de apelación subsidiaria no queda habilitada hasta que no se resuelva (obviamente en sentido negativo) el recurso de reposición, habiéndose dicho que “...el pronunciamiento sobre el fondo es, para el recurso de apelación en subsidio, un presupuesto procesal ineludible que habilita la intervención del Tribunal de alzada. La propia naturaleza del recurso de apelación subsidiaria obsta a que dicho tribunal encuentre expedita su intervención cuando el a-quo omitió dictar la decisión condicionante de la apelación” (conf. S. 2 de la CACC de Resistencia, in re: “García de Hoberg” del 17.02.92; e igualmente en “Banco del Chaco” del 27.10.88) y en similar línea de razonamientos se

inscriben otros tribunales de diferentes jurisdicciones (vgr. CC de San Martín, in re: “Copi” del 08.10.09).-

Corresponde en esos casos, según esa jurisprudencia, decretar “mal concedido” el recurso de apelación en subsidio, y remitir nuevamente las actuaciones al juez de origen a fin de que se pronuncie (en un sentido o en otro) de manera expresa, precisa y positiva. Tal es en esencia la solución que corresponde imprimirle a los presentes, y así lo voto, adhiriendo a la ponencia de la Dra. E. Emilce Álvarez; sin dejar de reconocer el respetable objetivo del dinamismo procesal y la desacralización del trámite que inspira la postura de la Dra. María A. Favot. MI VOTO.-

En mérito a ello,

LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL,
COMERCIAL Y DE MINERÍA

RESUELVE:

Primero: Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto a fs. 50/51.

Segundo: Sin costas.

Tercero: Regístrese,notifíquese y vuelvan.

Dr. Marcelo A.Gutierrez Dra. Maria Alicia Favot Dra. Elda Emilce Alvarez

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANTE MI:

Dr. Jorge A. Benatti

Secretario de Cámara