

CAPÍTULO VI

EL JUEZ DEL RECURSO

1. Juez del recurso
2. Rectificaciones
3. Rectificación de la providencia que admite o deniega la apelación
4. Queja por apelación denegada
5. Rectificación en cuanto al modo en que el recurso fue concedido
6. Rectificación en cuanto al efecto del recurso

C a p í t u l o V I

EL JUEZ DEL RECURSO

SUMARIO: 1. Juez del recurso. 2. Rectificaciones. 3. Rectificación de la providencia que admite o deniega la apelación. 3.1. Auto que admite el recurso. 3.2. Auto que deniega el recurso. 4. Queja por apelación denegada. 4.1. Concepto. 4.2. Presupuestos. 4.3. Requisitos de forma. 4.4. Procedimiento. 4.5. Efectos de la interposición de la queja. 4.6. Costas. 4.7. Perención de instancia. 5. Rectificación en cuanto al modo en que el recurso fue concedido. 5.1. Examen crítico. 5.2. Juicio provisorio de admisibilidad. 5.3. Juicio definitivo de admisibilidad. 5.3.1. C.P.N. y sus adaptaciones. 5.3.2. Otros códigos. 6. Rectificación en cuanto al efecto del recurso.

1. JUEZ DEL RECURSO

El juez del recurso es en definitiva el tribunal de apelación; es la cámara quien decide si fue bien o mal concedido ⁽¹⁾. En ello está comprometido el orden público procesal ⁽²⁾, y toda vez que la cuestión se refiere a la jurisdicción y competencia funcional, el orden de las apelaciones corresponde al sistema de la ley ⁽³⁾. Como lo enseñaba Couture, la pluralidad de instancias podría desnaturalizarse si se subordinara a la voluntad del primer juez la admisibilidad de los recursos o la forma y efectos de concederlos. Satta añade que el “juez difícilmente estaría dispuesto a reconocer el propio error (y ni siquiera es oportuno ponerlo en condiciones de deberlo reconocer)” ⁽⁴⁾.

Más adelante (Capítulo IX, § 2.2.) diremos que la segunda instancia no es de orden público, puesto que es posible desistir o renunciar los recursos. ¿Cómo se concilia esta afirmación con lo que acabamos de señalar, acerca del orden público procesal? “La misma complicación con que se tropieza al estudiar el tema general, para establecer si las leyes de procedimiento interesan

(¹) CPaz Jujuy; J. A., 972-14-687. Conf.: CCCR, S 2^a: Por vía del art. 355 C. P. Civ., el órgano *ad quem* puede pronunciarse no sólo sobre el modo o efecto del recurso, sino también sobre la procedencia del mismo (J., 39-73). El tribunal de alzada posee facultades para dejar sin efecto totalmente el auto por el que concede el recurso y no sólo para modificarlo en cuanto a su modo y efecto (CAR; J., 9-67).

(²) ALSINA, *ob. cit.*, IV, p. 385.

(³) MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERDZONCE, *ob. cit.*, III, p. 345.

(⁴) SATTA, Salvattore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, I, p. 424; ed. EJEA, Bs. Aires, 1972.

al orden público —dice Costa⁽⁵⁾— se reproduce en esta materia. En principio no afecta al orden público; todo se resuelve en determinar en cada caso cuándo hay lesión y en esto radica la dificultad". A nuestro modo de ver hay lesión cuando se afecta la competencia funcional, que es cuestión distinta al derecho de impugnar el fallo: en una se mira al interés público, en la otra al interés individual. Para resumir el tema con las palabras del propio Costa, "la facultad de renunciar a la segunda instancia no da derecho a crearla por asentimiento expreso o tácito de los litigantes"⁽⁶⁾.

(5) *Ob. cit.*, p. 47.

(6) *Ob. cit.*, p. 66.

2. RECTIFICACIONES

No obstante lo señalado en el punto anterior, como la apelación debe interponerse *en* el tribunal *a quo para ante* el tribunal *ad quem*, es aquél quien en un primer momento está facultado para decidir "si el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal, si quien lo interpuso se encontraba legitimado para hacerlo, si la resolución es apelable y si se han cumplido las formas que la ley establece" (⁷). Este primer análisis puede ser defectuoso y no muy a menudo, pero a veces, lo es. El error consistirá ya en otorgar un recurso improcedente, ya en denegarlo cuando corresponde. En ninguno de los dos casos puede el juez inferior modificar o dejar sin efecto su decisión.

Cuando el recurso se concede libremente, y a pedido de parte el juez lo modifica, otorgándolo en relación, deberá procederse con arreglo a lo dispuesto en la primera parte del artículo 246, C.P.N.

Puede ocurrir, sin embargo, que en ninguno de los dos casos se admita la rectificación, o que las partes se abstengan de pedirla, cosa bien frecuente. En tal circunstancia, el tribunal de grado tiene facultad para efectuar las correcciones pertinentes, según se verá luego.

(⁷) PODERI, *Tratado de los recursos*, p. 143.

3. RECTIFICACION DE LA PROVIDENCIA QUE ADMITE O DENIEGA LA APELACION

3.1. Auto que admite el recurso.

La doctrina de los autores y tribunales coincide en que es inapelable el auto que concede un recurso de apelación (⁸), regla que reconoce como fundamento la circunstancia de que “el efecto común y general de la concesión del recurso, es el de la suspensión de la competencia del juez para dejar sin efecto o modificar la resolución apelada”, como lo enseña Podetti (⁹).

No obstante la certeza que emana de la regla examinada, puede suceder —y de hecho ha ocurrido— que el juez deje sin efecto el auto por el que se admitiera la apelación. Desde ya que tal revocatoria es ineficaz, pero, ¿cuál es el remedio de que dispone el apelante para poner las cosas en su lugar? La CNCiv., sala C, en 9 de abril de 1965, o sea antes de sancionarse el C.P.N. (ley 17.454), decidió que “la circunstancia de haberse revocado el auto que concedía el recurso crea una situación que corresponde incluir entre las previstas en el artículo 39, ap. 1º, de la ley 14.237” (¹⁰). Como del cotejo entre la síntesis y la norma en ella invocada no aparecía claramente la solución, acudimos al fallo *in extenso*, que finalmente resultó tan críptico como su síntesis, pues

(⁸) CI* B. Blanca; La Ley, 149-575 (Nº 29.902-S).

(⁹) *Tratado de los recursos*, p. 141.

(¹⁰) ED, 10-733.

no agrega una sola palabra. El artículo 39, ap. 1º, ley 14.237, decía: "El recurso de apelación sólo procede contra las sentencias definitivas, las interlocutorias que causen gravamen irreparable o decidan artículo y en los casos expresamente determinados por la ley". Pareciera que el fallo —suscripto por los doctores Santiago E. Foutel y Marcelo Padilla— equipara el auto revocatorio del que concedía el recurso, a las interlocutorias que causan gravamen irreparable. En tal circunstancia, interpretando —por así decirlo— la interpretación del tribunal, procedería la apelación directa (¹¹). No compartimos el criterio sustentado: si esta nueva apelación también fuera luego revocada, y se apelase de esta revocación y... A nuestro modo de ver, la situación equivale a la abordada en el capítulo anterior (ver § 2) o sea cuando el juez, no obstante haber otorgado el recurso con efecto suspensivo, pretende modificar o dejar sin efecto la cuestión materia del recurso, o permita su cumplimiento o ejecución: donde hubiere el recurso de atentado (Tucumán), deberá promovérselo; donde no lo hubiere —y por las razones de practicidad y economía señaladas por Palacio— deberá reclamarse ante el Superior, mediante recurso de hecho, advirtiendo al primer juez su interposición, sin perjuicio de promover incidente de nulidad contra las actuaciones que resulten consecuencia de la revocación del auto que concedía el recurso de apelación.

Acordado entonces que el auto que admite la apelación no es, a su vez, apelable, ni puede ser revocado de oficio por el juez, averigüemos qué ocurre con la repo-

(¹¹) Conf.: CPLSF: Es procedente el recurso de apelación contra el auto que revoca uno anterior por medio del que se concedía un recurso de apelación (J., 17-133).

sición interpuesta por parte interesada: la CApel. CC Santa Fe, sala I, en 12 de diciembre de 1969, se pronunció en el sentido de que “es *irrecusable* el auto por el que el juez *concede* o deniega el recurso de apelación” (¹²) (las letras cursivas son nuestras). Irre~~c~~usable comprende tanto la apelación como la reposición. Y es razonable que así sea, ya que si el juez ha perdido su competencia para seguir conociendo del objeto del recurso, hasta tanto éste se resuelva en la alzada, no puede atender ninguna clase de reclamos sea cual fuere la vía escogida. De esta manera, y concretando aun más lo declarado por el tribunal de Santa Fe, la CNCiv., sala F, sostuvo expresamente que no procede la revocatoria contra el auto que admite la apelación (¹³).

3.2. Auto que deniega el recurso.

Tampoco es recurrible el auto que deniega la apelación pero, obviamente, por razones distintas a las que informan el caso anterior (suspensión de la competencia del juez): admitir apelación contra la denegatoria de la apelación —dice la CNTrab., sala II— “sería remitir la cuestión de un proceso al infinito. Lo que corresponde es el recurso de hecho por apelación denegada” (¹⁴). Se trata, en efecto, de que la competencia funcional no se quebrante en virtud de recursos interpuestos sucesiva e infinitamente contra otros recursos, lo que conduciría a enervar la jurisdicción.

(¹²) J., 38-192. La norma que apoya el decisorio —art. 355— se refiere sólo al auto que *concede* un recurso, absteniéndose de legislar sobre el que lo deniega. Pero es evidente que la solución es extensible a la segunda hipótesis, y acertadamente así lo declaró el tribunal.

(¹³) ED, 51-413.

(¹⁴) La Ley, Rep. XXXIII, p. 1232, sum. 17.

La jurisprudencia del fuero civil comparte pacíficamente el criterio sentado en sede laboral, habiéndose declarado que “el auto que deniega la apelación es inapelable y sólo cabe el recurso de hecho del artículo 282 del Código Procesal” (¹⁵), de modo tal que “si el recurrente no interpone la queja, la providencia impugnada debe tenerse por firme” (¹⁶).

(¹⁵) CNCiv., sala F; La Ley, 144-561 (27.286-S).

(¹⁶) CNPaz, sala VI; La Ley, 144-639 (27.856-S).

4. QUEJA POR APELACION DENEGADA

4.1. Concepto.

Frente a la interposición del recurso, la respuesta del primer juez no tiene por qué ser automática: lo admitirá o denegará previo examen cuidadoso de los requisitos formales que hacen a su procedencia, pues tan funesto para el orden público procesal es obstinarse en negar el alzamiento como autorizarlo en todos los casos. Desde ya, una evaluación errónea puede conducir a la indebida denegatoria de la apelación, o el recurrente puede creer que se le ha privado irrazonablemente de ella. En tales circunstancias, la ley confiere a la parte que apeló, la oportunidad de ocurrir directamente ante el superior y acreditar que fue ilegítimamente despojado de su derecho a proponer la revisión del decisorio que impugnara, mediante un remedio denominado por el C.P.N., *queja por recurso denegado* (¹⁷).

Ibáñez Froeham sostiene que se trata de un recurso *auxiliar*, porque su finalidad se agota, en caso de prosperar, con la resolución del superior que, revocando el auto recurrido, admite el recurso ordinario o extraordinario de que se trate (¹⁸). En este capítulo estudiaremos la queja por denegatoria de la apelación ordinaria.

(¹⁷) Se lo conoce también como recurso *de hecho*, o *directo* (Córdoba, Tucumán).

(¹⁸) *Ob. cit.*, p. 406.

4.2. Presupuestos.

Si el juez denegare la apelación —dispone el primer párrafo del artículo 282, C.P.N.— la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la cámara, pidiendo que se le otorgue el recurso denegado y se ordene la remisión del expediente. Del texto transcripto surgen los presupuestos que hacen a la admisibilidad de la queja:

a) Debe existir una negativa previa: para que proceda el recurso directo es necesario que mediare decisión denegatoria del que se hubiera intentado (¹⁹). El recurso de queja por apelación denegada, está condicionado por la negativa del *iudex a quo* a admitir la vía de impugnación para ante el tribunal *ad quem* y, si el juez no ha decidido la denegatoria mentada, la alzada no puede entrar a revisar la admisibilidad de la queja (²⁰). La decisión debe emanar del juez y no del secretario, puesto que la concesión o denegación de un recurso constituye un acto de plena jurisdicción que no puede ser dictado por el secretario de la causa por carecer de imperio (²¹).

b) La parte que se considere agraviada, dice la ley, o sea el apelante, como más concretamente señalan otros códigos (²²). Ello significa que sólo se halla legitimado para ocurrir en queja la parte a quien se denegó el recurso.

(¹⁹) STSF, S. 1^a CC; J., 12-226.

(²⁰) C2^a CC La Plata, sala I; La Ley, Rep. XXXIX, p. 1797, sum. 1.

(²¹) CAR, S. 1^a CC; J., 17-135.

(²²) Santa Fe, art. 356; el de Tucumán no contiene mención alguna sobre la parte legitimada (art. 765); el de Salta utiliza la misma fórmula del CPN (art. 244); y el de Córdoba, que antes decía “el apelante” (art. 1258), ahora dice “el agraviado” (art. 1127).

c) La presentación se hace directamente *ante la cámara* (²³), toda vez que el recurso de hecho presume la existencia de un tribunal jerárquicamente superior al que dictó el pronunciamiento (²⁴), determinándose la competencia de las salas por la fecha del cargo del escrito de interposición del recurso denegado (²⁵).

La única excepción se halla instituida por el código de *Jujuy* (art. 229), que manda instaurar la queja ante el mismo juez que denegó la apelación.

4.3. Requisitos de forma.

a) La última parte del artículo 282, C.P.N., establece que el plazo para interponer la queja será de cinco días, con más la ampliación que corresponda por razón de la distancia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158. En otros ordenamientos (p. ej. *Santa Fe, Córdoba, Salta y Tucumán*) el término es de tres días, como lo era en el viejo código de la Capital (²⁶).

El plazo empieza a correr desde la notificación por nota del auto denegatorio de la apelación.

b) Aun cuando la ley no lo diga, va de suyo que el recurso de queja debe deducirse por escrito (²⁷). Corresponde fundarlo (²⁸) en el mismo acto de su inter-

(²³) *Santa Fe* (art. 356), *Córdoba* (art. 1127), *Salta* (art. 244) y *Tucumán* (art. 765), mencionan al *Superior*.

(²⁴) CCCR, S. 1^a; J., 28-293.

(²⁵) CCCR, S. 1^a; J., 25-216.

(²⁶) En algunos de ellos la ampliación para el caso de que el superior no residiese en el lugar del juicio, consiste en un término fijo: diez días en *Santa Fe*.

(²⁷) Conf.: IBÁÑEZ FROCHAM, *ob. cit.*, p. 408 (El antiguo código de Entre Ríos autorizaba la interposición por telegrama). FASSI, *ob. cit.*, I, p. 741.

(²⁸) Conf.: STSF: A pesar de haberse otorgado el recurso de apelación, procede declararlo mal concedido, cuando lo interpuso el patrocinante, que no tenía poder para representar a su patrocinado (RSF, 18 - 42).

posición para demostrar, aunque más no sea sumariamente, los motivos por los que el quejoso cree le fuera mal denegada la apelación.

Asimismo, procede acompañar el poder (²⁹) si el quejoso se presenta a los autos por primera vez, y constituir domicilio o expresar el que ya se tenía constituido (³⁰).

De conformidad con lo resuelto en el artículo 33 de la Acordada del 12 de diciembre de 1967 (Cámara Civil en Pleno), al interponerse una queja por apelación denegada, el recurrente deberá indicar si ha existido intervención de alguna sala.

c) El recurso de queja debe bastarse a sí mismo, lo que supone que el superior, sin necesidad de otras pruebas, diligencias o indagaciones se hallará habilitado para decidir sobre su procedencia, no pudiendo subsanarse con posterioridad las omisiones en que se hubiere incurrido al momento de su presentación (^{30 bis}).

El artículo 283, C.P.N., antes de su reforma por la ley 22.434, mandaba acompañar la queja con la copia simple de la resolución recurrida “y de los recaudos necesarios” suscriptos por el letrado patrocinante del recurrente. No entraba en detalles acerca de cuáles serían esos recaudos, dejando que la jurisprudencia los exigiera, conforme las particularidades del caso. Hoy, el nuevo texto del artículo 283 señala con precisión y bajo pena de inadmisibilidad los *requisitos* (el término no es más afortunado que *recaudos*) que deben concurrir en la interposición de la queja. Pasémosle revista.

(²⁹) Conf.: CUADRAO, *ob. cit.*, p. 324.

(³⁰) Conf.: FASSI, *ob. cit.*, I, p. 741.

(^{30 bis}) El recurso de queja por apelación denegada debe bastarse a sí mismo para que con los elementos acompañados pueda el tribunal resolver lo pertinente sobre el recurso denegado (CNCiv., sala C; *La Ley*, 149-565 (29.834-S).

"1º - Acompañar copia simple suscripta por el letrado del recurrente: a) Del escrito que dio lugar a la resolución recurrida y de los correspondientes a la sustanciación, si ésta hubiere tenido lugar; b) De la resolución recurrida; c) Del escrito de interposición del recurso y, en su caso, de la del recurso de revocatoria si la apelación hubiese sido interpuesta en forma subsidiaria; d) De la providencia que denegó la apelación. 2º) Indicar la fecha en que: a) Quedó notificada de la resolución recurrida; b) Se interpuso la apelación; c) Quedó notificada la denegatoria del recurso".

El código de *Santa Fe* exige copia: de las resoluciones apeladas y de su notificación, del escrito de apelación y su cargo, del auto en que se le hubiere negado el recurso y su notificación (artículo 356). El de *Córdoba* requiere copias debidamente autenticadas por el actuario de la resolución recurrida, del escrito del recurso y del proveído o resolución en que se le hubiere negado (art. 1127). En el texto anterior no se exigía autenticación.

La presentación de los recaudos no excluye la facultad de la cámara para requerir copia de otras piezas que considere necesarias y, si fuere indispensable, la remisión del expediente (C.P.N., artículo 283).

Nada dice la ley respecto del informe que es de práctica en otros códigos, como el de *Tucumán*, requerir al inferior (³¹). La prescindencia de dicho informe cons-

(³¹) Art. 801: si (el Tribunal) lo juzgase necesario para mejor proveer, pedirá informes al juez de la causa u ordenará la remisión de los autos. El Anteproyecto de 1980 para la Provincia de Corrientes es todavía más drástico, pues lo instituye como obligatorio: Presentada la queja en debida forma —establece su artículo 273— la Cámara ordenará que el inferior informe, en el plazo de tres días, detalladamente, sobre los fundamentos de su negativa y en vista de ese informe y de lo que la parte expuso, resolverá si el recurso ha sido bien o mal denegado. En Córdoba, el inferior no debe esperar a que la Cámara el pida el informe, sino que debe elevarlo por sí mismo, conforme a la redacción del actual

tituye un acierto, pues a la par que implica una demora innecesaria, coloca al juez en la situación anómala de tener que defender, como parte contraria al apelante, su denegatoria⁽³²⁾. Asimismo, los tribunales deben ser en extremo prudentes cuando se trata de requerir la elevación de los autos, aplicando con el máximo rigor el criterio de indispensabilidad que la ley introduce a ese efecto, atento a que el desprendimiento del principal por el juez de la causa, produce la suspensión de hecho del trámite, consecuencia que el legislador no ha querido.

En el ordenamiento nacional, las copias de los recaudos son extraídas de las actuaciones y suscriptas por el letrado del recurrente, sin ninguna intervención del secretario. Pero hay regímenes provinciales en los que aún se requiere tal intervención: el código de Santa Fe manda que el actuario dé al recurrente las copias el mismo día que le notifique la denegación del recurso, pudiendo expedirlas en papel común, con cargo de oportuna reposición (artículo 357, primera parte). El de Córdoba es aun más exigente: requiere que el actuario autentique las copias, a cargo del quejoso. Son notorias las dificultades que en estos sistemas encuentra el quejoso para obtener las copias en el breve término de tres días. De ahí que, sea porque la demora haría vencer el plazo, sea porque directamente las copias no se le entregan, el recurrente puede presentarse ante el superior dentro del término debido, interponiendo la queja y dando cuenta de la falta del actuario (*Santa Fe*, artículo 357, segunda parte; el actual código de

art. 1128: El inferior —dice— recibido el escrito, informará dentro de las veinticuatro horas en forma detallada, sobre los motivos de la denegación del recurso y elevará el incidente por cuerda separada dentro de las veinticuatro horas siguientes, con las copias pertinentes.

(32) "Como advierte atinadamente de la Colina, el inferior no debe entrar en controversia con el recurrente...": SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, *El recurso de hecho en Capital Federal*; La Ley, 39-1102.

Córdoba guarda silencio al respecto, pero no hay duda que la solución, receptada antes expresamente por el art. 1261, debe ser la misma). En estas circunstancias, el tribunal no tendrá otra alternativa que requerir la remisión de los autos.

La falta de fundamentos de la queja, o de las copias a que se refiere el inciso 1º del artículo 283, o de las indicaciones prescriptas por su inciso 2º, conduce a la declaración de inadmisibilidad de la misma, no pudiendo el superior suplir de oficio la oscuridad, las deficiencias u omisiones en que se hubiere incurrido (³³).

4.4. Procedimiento.

Presentada la queja en forma —dispone la penúltima parte del artículo 283— la cámara decidirá sin sustanciación alguna, si el recurso ha sido bien o mal denegado; en este último caso, dispondrá que se tramite.

La expresión *sin sustanciación alguna* (³⁴) importa, desde luego, resolver sin audiencia de la otra parte, lo que ha creado alguna duda sobre la constitucionalidad del precepto, duda que la Corte disipó a favor de su validez (³⁵).

(³³) Conf.: SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, *loc. cit.*, p. 1101. En el código de Córdoba es posible incorporar, hasta la decisión del incidente, testimonio de las piezas del proceso que el interesado estime necesarias (art. 1129).

(³⁴) El código de Tucumán, en igual sentido, pero más expeditivamente, dice “resolverá de plano” (art. 801).

(³⁵) “Aunque se ha criticado la doctrina argumentándose que la parte apelada se encuentra en inferioridad de condiciones cuando el recurso se declara mal denegado, al no haberse podido oponer haciendo oír las razones que abonen su derecho. La única intervención admisible del apelado sería a título excepcional para activar el trámite supliendo la inactividad del recurrente o para alegar la perención” (SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, *loc. cit.*, p. 1108). Sobre el tema nos extenderemos en el Capítulo XIII (§ 2.4), al que nos remitimos para obviar repeticiones innecesarias.

Dietada la resolución, el trámite variará según se decida si el recurso fue bien o mal denegado. En este último caso caben aun otras distinciones: que el expediente esté o no en la cámara y que el recurso deba otorgarse libremente o en relación.

a) Cuando el recurso se declara bien denegado, es indiferente que las actuaciones de la queja se archiven o se remitan al inferior (esto último forzosamente ocurrirá en el supuesto que obrare en la cámara el expediente principal). Los códigos de Santa Fe y Tucumán consideran expresamente la hipótesis, disponiendo el primero que el superior remita las copias al inferior (artículo 358), y el segundo que se devuelvan las actuaciones al juez de la causa para que sean agregadas a los autos (artículo 802).

b) Cuando el recurso se declara mal denegado, la ley ordena "que se tramite" (artículo 283, C.P.N., penúltimo párrafo). Si el expediente no se encontrare en la cámara, ésta mandará "que se eleven los autos" (*Santa Fe*, artículo 358, *in fine*) en caso que el recurso procediera libremente, a fin de dictarse la providencia de trámite; o remitirá las actuaciones de queja al inferior, para que éste sustancie el recurso en la forma prevista por el artículo 246, C.P.N., en caso que procediese en relación.

Si el expediente estuviere en cámara, la misma resolución que concede el recurso y abre la instancia debe disponer que aquél tramite en la forma que corresponda, es decir acordar plazo al recurrente para que presente memorial, si se trata de apelación en relación, u ordenar que el expediente se ponga en secretaría a fin

de que aquél exprese agravios, si el recurso procede libremente" (³⁶).

4.5. Efectos de la interposición de la queja.

La última parte del artículo 283, C.P.N., previene que mientras la cámara no conceda la apelación, no se suspenderá el curso del proceso (³⁷). Ello es de la esencia del recurso de hecho y sólo en circunstancias excepcionales y con el objeto de evitar daños manifiestamente no subsanables después, podría ordenarse prohibición de innovar el estado de la litis (³⁸).

4.6. Costas.

Si el recurso fuera declarado inadmisible por no bastarse a sí mismo, o si la apelación se considerase bien denegada, las costas deben imponerse al recurrente (³⁹).

(³⁶) PALACIO, *ob. cit.* V, p. 133/134. La jurisprudencia es contradictoria en cuanto a la solución propuesta por el autor para el trámite en relación, pero coincidimos con él en que la apoyan obvias razones de economía procesal.

(³⁷) La interposición de un recurso directo no suspende, en principio, el cumplimiento de las resoluciones recurridas (C. 1^a CCR; J., 6-104). No se suspenden los trámites por la interposición de un recurso directo ante el Superior (CCCR, S. 2^a; J., 37-26).

(³⁸) SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, *loc. cit.*, p. 1110. Conf.: COLONBO, II, 589. Cont.: FASSI, I, p. 741.

(³⁹) Las costas del recurso directo por cuya virtud se abre la apelación deben seguir idéntica suerte que las costas de la apelación misma (CCCR, S. 2^a, J., 27-232).

4.7. Perención de instancia.

Contrariamente a lo sostenido por Sánchez de Bustamante (⁴⁰), entendemos que en el trámite del recurso de hecho no procede la caducidad de la instancia. En efecto, los autos se hallan pendientes de resolución desde el mismo momento en que la queja se recibe por el superior, lo que haría operable la excepción establecida por el artículo 313, inciso 3º, C.P.N. Y si bien es cierto que puede haber demoras en el requerimiento o remisión de las copias de otras piezas o del expediente principal, tales actos adquieren la naturaleza de las pruebas de oficio (artículo 313, inciso 4º), independientes en el caso de la actividad de las partes.

(⁴⁰) *Loc. cit.*, p. 1109.

5. RECTIFICACION EN CUANTO AL MODO EN QUE EL RECURSO FUE CONCEDIDO

Si las partes no objetaran la admisión del recurso, pero plantearan disconformidad acerca del *modo* en que fue concedido, el planteo debe verificarse, en principio, ante el mismo tribunal que lo otorgó. Tal lo que prescribe el artículo 246, C.P.N. “Si cualquiera de las partes —dice— pretendiese que el recurso ha debido otorgarse libremente, podrá solicitar, dentro de tres días, que el juez rectifique el error. Igual pedido podrán las partes formular si pretendiesen que el recurso concedido libremente ha debido otorgarse en relación. Estas normas regirán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 276”.

El código de *Santa Fe* se aparta de este criterio, disponiendo que el auto “sólo podrá ser revocado o reformado en cuanto al modo o efecto en que haya sido concedido, por el *superior*”⁽⁴¹⁾ (la cursiva es nuestra), manteniéndose así la pureza de la regla expuesta al iniciar este capítulo: el juez del recurso es el tribunal de apelación.

El pedido de rectificación previsto por el C.P.N. y los códigos que adoptaron su modelo, equivale a un recurso de reposición⁽⁴²⁾ y, en consecuencia, debe sustanciarse; aunque no cabe, por las razones ya expuestas, la apelación subsidiaria.

(41) Art. 355.

(42) Conf.: PALACIO, *ob. cit.*, V, p. 109.

Cuando el recurso se concede en relación, y frente al reclamo de que debió serlo en el modo libre el juez se rectifica, debe elevarse la causa inmediatamente al superior, quien tramitará el recurso de conformidad a las reglas del artículo 259, C.P.N., que después se examinarán.

5.1. Examen crítico.

En nuestro derecho positivo coexisten dos sistemas para asignar el juzgamiento de la legalidad en el modo de otorgarse los recursos:

- a) Al juez de primer grado y al tribunal de alzada;
- b) Exclusivamente al tribunal de alzada.

El primero fue escogido por el C.P.N. y los que a él se adaptaron. El segundo, entre otros, por los códigos de *Santa Fe* (artículo 355); *Córdoba* (artículos 1107 y 1108); *Salta* (artículo 277), y *Tucumán* (artículo 766). Nos inclinamos por este último, pues obvia el doble examen de una misma cuestión, simplifica el trámite, ocasiona menos desgaste jurisdiccional y es consecuente con el principio de que el superior tiene plenas facultades en esta materia.

5.2. Juicio provvisorio de admisibilidad.

Tenemos, conforme a lo dicho, que respecto del modo de otorgamiento del recurso, el C.P.N. establece la posibilidad de un doble examen: en primera instancia, ante el mismo juez que lo concede, y luego, ante la cámara. Las decisiones que en ambas oportunidades se dictan, importan admitir un juicio de valor al que se ha llamado *juicio de admisibilidad*. Podetti distingue en-

tre *juicio de admisibilidad* y *juicio de fundabilidad* (⁴³), atañiendo este último al *mérito* del recurso y no a su *procedencia*.

Cuando el juicio de admisibilidad es formulado por el primer juez, asume dos características:

1^a) Nunca se formula de oficio, sino a petición de parte;

2^a) Siempre es provisorio, atento a las facultades de la alzada para proveer el trámite correcto. De ello se infiere que aun cuando el inferior admita el reclamo a que alude el artículo 246, C.P.N., y rectifique el modo en que primitivamente concedió el recurso, lo decidido por él no tiene efecto preclusivo, siendo criterio pacífico de la jurisprudencia que el tribunal de apelación está facultado para examinar de oficio la procedencia del recurso, o *las formas en que se lo ha concedido* (que es el caso que nos ocupa), pues sobre el punto no se encuentra ligado ni por la conformidad de las partes ni por la resolución del juez de primer grado, aun cuando ésta se encuentre consentida (⁴⁴).

5.3. Juicio definitivo de admisibilidad.

Tanto en los sistemas de único como de doble examen, el juicio definitivo sobre la admisibilidad del recurso se practica, como lo acabamos de ver, en la alzada. Pero el trámite en uno y otro régimen es gobernado por distintas reglas:

(⁴³) *Ob. cit.*, p. 143.

(⁴⁴) CNCiv., sala B; J. A., 1977 - III, síntesis. Conf.: CApel. Rosario: El tribunal de alzada posee facultades para dejar sin efecto totalmente el auto por el que se concede el recurso y no sólo para modificarlo en cuanto a su modo y efecto (J., 9-67).

5.3.1. Código Procesal de la Nación y sus adaptaciones.

Dentro del tercer día de notificada la providencia que ordena expresar agravios, la parte interesada en que se modifique el recurso otorgado libremente, por considerar que debió concedérselo en relación, debe peticionarlo al tribunal (artículo 276). Este puede declarar de oficio la modificación, y aunque el precepto no lo diga, debe entenderse que tal declaración habrá de formularse dentro del mismo plazo de tres días, que es perentorio y preclusivo. En caso de rectificación sobre el modo de concederse el recurso, si se declara que procede en relación, la cámara mandará poner el expediente en secretaría para la presentación de los memoriales en los términos del artículo 246; y si el recurso se hubiese concedido en relación, debiendo serlo libremente, también de oficio o a petición de parte —en el mismo término perentorio de tres días— podrá rectificarse, disponiendo la cámara el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 260: fundar los recursos que se hubiesen concedido en efecto diferido; indicar medidas probatorias denegadas en primera instancia, etc. Desde luego, el apelante deberá cumplimentar también la carga impuesta por el artículo 259, de expresar agravios.

Pero dejemos por ahora un tema que corresponde desarrollar en el próximo capítulo; limitémonos, en cambio, a averiguar si la petición de rectificar el modo en que se concedió la apelación equivale a un recurso de revocatoria, como cuando se articula en primera instancia. El argumento de que esta clase de recursos procede sólo para ante el mismo juez que dictó la resolución (y que parece de la esencia de la revocatoria) aconsejaría a inclinarse por la negativa. Sin embargo, el artículo 355 del código de *Santa Fe* —que enseguida veremos— admite un reclamo análogo al de la reposición, no obstante que la impugnación se refiere a lo decidido

por otro juez. Por ello pensamos que también en la alzada el reclamo debe sustanciarse, ya que en la duda se estará al trámite que mejor asegure el derecho de defensa.

5.3.2. Otros códigos.

Los de *Santa Fe*, *Córdoba* y *Salta* tienen de común la característica de que reservan para el tribunal de grado, exclusivamente, el juicio de admisibilidad de la apelación. Pero difieren en el procedimiento para emitirlo: *Santa Fe* y *Córdoba* prevén un trámite incidental; *Salta*, por el contrario, no admite ninguna clase de sustanciación. Veámoslo con más detalle:

Santa Fe: En su artículo 355 se dispone que la reclamación se interpondrá dentro de tres días de notificado el primer decreto de trámite, y añade que el incidente será resuelto previa audiencia y en el mismo día, hayan o no asistido los interesados. El objeto de esta audiencia es, por supuesto sustanciar la reclamación⁽⁴⁵⁾. Al solicitar su fijación, debe expresarse claramente la razón en que se funda el pedido, cuál es la discrepancia del solicitante con el proveído del juez⁽⁴⁶⁾, sin que la solicitud lisa y llana de fijación de audiencia llene los requisitos legales, por lo que debe rechazarse⁽⁴⁷⁾.

Cabe acotar que el transcurso de tres días contados a partir de la notificación del primer decreto de trámite hace fenece la oportunidad de modificar el recurso⁽⁴⁸⁾; que contra el auto de alzada que declara mal concedido

(45) CApel. Rosario, sala 1^a, CC; J., 21-5.

(46) CApel. Rosario, sala 1^a, CC; J., 21-5.

(47) CApel. Rosario, sala 1^a, CC; J., 21-5.

(48) CApel. Rosario, sala 2^a, CC; J., 5-23.

el recurso, no cabe ni la reposición ni el incidente de nulidad, en razón de emanar de un tribunal de apelación que obra como tal⁽⁴⁹⁾, y en cuanto a las costas, que, declarada de oficio la errónea concesión del recurso deben correr, en principio, por su orden⁽⁵⁰⁾. La misma solución procede si el tribunal se pronunció fuera de la oportunidad de impugnación dada a los litigantes por la ley⁽⁵¹⁾.

Córdoba: El artículo 1108 establece que la reclamación se hará dentro de los tres días siguientes al primer decreto de tramitación; y el 1109 agrega que el incidente será resuelto en un juicio verbal, hayan o no asistido los interesados. O sea, un procedimiento igual al de *Santa Fe*.

Salta: Su artículo 277 previene que si el apelante pretendiese que el recurso ha debido otorgarse libremente, podrá solicitar, dentro del tercer día de notificado de la providencia de autos, que así se declare y se le dé término para expresar agravios. El tribunal resolverá sobre esta petición, sin tramitación alguna, accediendo o negando. En el primer caso, se sustanciará el recurso según queda prevenido para el de apelación libremente concedido. Como se ve, existen dos diferencias significativas con los dos anteriores: en primer lugar, sólo admite la rectificación cuando el recurso se concede en relación y la parte pretende lo sea libremente; y en segundo lugar, no contempla sustanciación previa.

(49) CApel. Rosario, sala 1*, CC; J., 15-7.

(50) CApel. Rosario, sala 2*, CC; J., 10-323.

(51) CApel. Rosario, sala 2*, CC; J., 10-323.

6. RECTIFICACION EN CUANTO AL EFECTO DEL RECURSO

En los puntos anteriores hemos examinado las reglas que gobiernan la rectificación en cuanto a la *forma o modo* de concederse la apelación. Abordaremos aquí la rectificación en cuanto a sus *efectos*.

También en este punto se separan los sistemas del C.P.N. (y sus adaptaciones) y de otros códigos provinciales. En aquél, cuando se cuestionase el efecto (suspensivo o devolutivo), se observarán las mismas reglas establecidas para la queja por apelación denegada (C.P.N., arts. 282 y 283). En cambio, *Santa Fe* (artículo 355); *Córdoba* (art. 1107); *Tucumán* (art. 766), prescriben un trámite único tanto para la rectificación en cuanto a la forma o modo y en cuanto a los efectos, variando tan sólo el plazo dentro del cual debe solicitarse: tres días en los dos primeros (a contar de la notificación del primer decreto de trámite), y cuarenta y ocho horas el último, contadas desde la notificación de la primera providencia que se dicte en la instancia.

En consecuencia, respecto del C.P.N., nos remitimos a lo dicho *supra* (§ 4), y respecto de los otros, a las consideraciones efectuadas precedentemente.