

## El recurso indiferente

Por Enrique M. Falcón

### 1. Nociones generales

Los recursos son actos procesales a cargo del litigante, cuyo objetivo es impugnar las resoluciones judiciales<sup>1</sup>. Su fundamento reside en una aspiración de obtener una modificación en la resolución dada por el juzgador, en virtud de entender el agraviado que dicha decisión es injusta<sup>2</sup>. Este es el fundamento subjetivo. Desde el punto de vista legislativo se apoya en que la revisión permite una nueva apreciación del caso (ya se trate del mismo tribunal o de otro)<sup>3</sup>, donde la crítica del recurrente constituye una garantía del correcto examen de la causa, garantía fundada en la Constitución nacional, y tiende a prevenir de los errores humanos, aunque no lo consigue en todos los casos, ya sea por un rígido formalismo, ya sea por una concepción equivocada.

### 2. El recurso indiferente. Concepto

Llamamos recurso indiferente, o también recurso paralelo, a aquél que sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso (o que siéndolo, se han omitido elementos formales), produce, no obstante, los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva, que el recurso correctamente articulado. Nos dice Goldschmidt<sup>4</sup> que si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que no se ha pronunciado una que debió dictarse (p.ej., se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en lugar de una contumacial, o viceversa), hay que resolverlo en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del “mayor favor”). Es decir que el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva), como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva). Esto constituye la teoría del recurso indiferente (*Sowohalls auch-Theorie*).

En Francia este recurso nació como una consecuencia de las decisiones del Consejo de Estado respecto del contencioso de plena jurisdicción donde, para la mayor defensa de los administrados y para contemplar la defensa de los intereses

---

<sup>1</sup> Participamos así de la opinión de Ibañez Frocham, *Tratado*, p. 28 y 30; en contra, entre otros Reimundín, *Derecho procesal civil*, t. II, p. 76, para quien no es un acto procesal, sino una manifestación de la sección.

<sup>2</sup> Alsina, *Tratado*, t. IV, p. 184; su fundamento reside en una aspiración de justicia... ante la posibilidad de una sentencia injusta.

<sup>3</sup> La doctrina alemana y los autores españoles modernos distinguen entre recurso y remedio procesal, siendo el primero el que se articula ante el superior y presume la doble instancia, y el segundo, el que se plantea ante el mismo tribunal (cfr. Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, t. II, p. 290). En nuestra legislación positiva la distinción carece de significado.

<sup>4</sup> Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 402.

legítimos no amparados por el contencioso de plena jurisdicción, se escindió la sentencia de condena: por un lado, la declaración sobre la validez (legitimidad) y, por otro lado, el acto administrativo; dándole a la primera categoría autonomía, bajo la denominación de contencioso de anulación, completando luego la teoría con la del recurso indiferente<sup>5</sup>.

### 3. Los fundamentos

¿En qué se funda este tipo de atenuación de la rigidez formalista? Varias son las razones del progreso de esta teoría. En primer lugar, la decadencia del principio dispositivo llevado a sus últimas consecuencias, en virtud de que el proceso no consiste, en definitiva, en un juego de habilidades, sino que persigue adentrarse en la verdad material. Segundo: la simple concesión del recurso no implica en modo alguno el cambio de la resolución apelada (o mejor dicho, recurrida). Tercero: no siempre las resoluciones tienen esa claridad que debiera caracterizarlas. En nuestro proceso, por ejemplo, las resoluciones simples no requieren fundamentos, pero si de acuerdo con la naturaleza de la cuestión los necesita, los mismos deben incluirse, y de hecho así se hace<sup>6</sup>. Otras no se sustancian y son interlocutorias<sup>7</sup>. Cuarto: la necesidad de este tipo de arbitrios se basa también en la distinta clase de recursos, el distinto cómputo de los términos, el distinto momento de fundamentación y las distintas circunstancias que se pueden producir en el proceso; incluso, como señalara Goldschmidt, el error del juez al dictar su resolución resolviendo de manera ambigua, dejando sin defensa al justiciable, toda vez que en tales casos siempre podría negarse la admisibilidad del recurso y podría prestarse a las más grandes arbitrariedades.

Pero el recurso indiferente no procede en cualquier caso. Como veremos seguidamente, tiene límites, aunque no muy precisos. Ahora, siguiendo con los fundamentos, pasaremos a examinar qué aval le otorgan nuestras leyes a esta teoría.

### 4. Las bases legales. El acogimiento en la legislación positiva

No existe en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni en los provinciales, una disposición expresa relacionada con este tipo de recurso; sin embargo, existen otro tipo de disposiciones y principios jurídicos aplicables al caso. Una primera exploración nos permite observar el art. 34, inc. 5º, b, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, donde se otorga al juez una facultad (debiendo ser un deber) de “señalar antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije”. Además el juez tiene que averiguar la verdad de los hechos controvertidos, en un aspecto que trasciende la actuación formal en el proceso, pero respetando el derecho de defensa de las partes. Aunque el art. 36, inc. 2º, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación coloca esto dentro de las facultades del juez, obsérvese que lo que apuntamos no se contradice con dicha facultad, pues en cada caso corresponde una actuación distinta,

---

<sup>5</sup> Díaz, *Instituciones*, t. II, p. 129, nota 49.

<sup>6</sup> Cfr. Colombo, *Código*, 1969, t. II, p. 13.

<sup>7</sup> Por ejemplo, la resolución del art. 327 en las medidas preliminares; quizás pueda extenderse el concepto a las medidas cautelares (art. 198, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

conforme a la naturaleza de la causa. Además el juez puede corregir cualquier error material de sus resoluciones dentro de ciertos límites (art. 36, inc. 3º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

Dentro de los principios del proceso hallamos dos que hacen claramente a la cuestión: el principio *iura novit curia* y el principio de eventualidad.

Nos enseña ahora Díaz que el juez no debe proveer de oficio<sup>8</sup>. En virtud de la regla de la rogación, el juez provee los pedidos de las partes, salvo los casos en que la ley le confiere expresamente el deber de proveer sin pedimento anterior (arts. 482, 30 y 4º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). La prohibición de proveer de oficio no es afectada cuando el juez interpreta y aplica el derecho, sin depender de concretas y expresas especificaciones de las partes *iura novit curia*. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de manifestarse en forma extensa sobre este particular, pues el juez tiene el deber de declarar el derecho aplicable al caso, es decir, calificar jurídicamente los hechos independientemente de las calificaciones que le hayan atribuido errónea o deficientemente las partes. Este principio “el juez conoce el derecho”, fue aplicable normalmente a la calificación jurídica relacionada con la demanda, o con otras pretensiones<sup>9</sup>, pero entendemos que se aplica también en materia de los recursos.

El principio de eventualidad también puede ubicarse en este campo<sup>10</sup> y consiste en la posibilidad del justiciable de articular todos los medios de ataque y de defensa que considere convenientes, en forma simultánea y aunque sean contradictorios, pero no si fueran excluyentes.

En el procedimiento administrativo nacional, el decr. 1759/72, art. 81, acoge expresamente el recurso indiferente<sup>11</sup>.

## 5. Los orígenes

Aunque el recurso indiferente es en la actualidad una creación de la doctrina alemana, a la cual se le sumó la francesa, y que en nuestro país –aunque sin una denominación especial– recogió la jurisprudencia y la legislación administrativa, su origen está en el derecho romano. Así Ulpiano en el Libro 1 de las apelaciones (*Digesto*, Libro XLIX, Tít. I, Ley 1, párr. 3º) nos dice: “Si alguno errase en la apelación, v.gr., si debiendo apelar a un juez, apelase a otro, se ha de ver si su error lo perjudica, y ciertamente si debiendo apelar a un juez mayor, apelase al menor, le perjudicará, pero si apeló a un juez menor, se expresa en muchas constituciones que su error

<sup>8</sup> Díaz, *Instituciones*, t. II, p. 217 y siguientes.

<sup>9</sup> Alsina, *Tratado*, t. III, p. 223.

<sup>10</sup> La eventualidad de la afirmación (principio de eventualidad o de acumulación eventual), *ad omnium eventum*, consiste en la posibilidad de aducir todas las pretensiones, medios de ataque y de defensa de que disponga el justiciable en forma simultánea aunque sean incompatibles o contradictorios (Díaz, *Instituciones*, t. I, p. 252, y siguientes). Vemos una aplicación práctica del principio en “la acumulación eventual del recurso de apelación cuando rechace el de reposición o revocatoria, la acumulación eventual de nulidad y apelación que el art. 253 del Cód. Proc.) amalgama, etc.” (nota 119); “el recurso de apelación comprende el de nulidad”, establece la disposición legal citada, en una saludable tendencia hacia la transformación de un remedio procesal de discutible eficacia. Es un anticipo de la adopción legal de la teoría del recurso indiferente.

<sup>11</sup> Art. 81: “Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resuelve indudable la impugnación del acto administrativo”.

no lo perjudica” (*Digesto*, Tít. II, Ley 5, párr. 4º; se negaba cuando debió a un juez por otro y no al príncipe). También Marciano (Libro I, Ley 7) nos dice: “Uno por violencia del juez no se atrevió a apelar, pero presentó el escrito de la apelación o lo manifestó al público; en consecuencia el emperador Severo le concedió la restitución, y le permitió apelar”.

No he tenido la misma suerte con las Partidas, donde no he hallado institución semejante, y las he notado rigurosas en este aspecto.

## 6. Principio general y límites

El recurso indiferente tiene por objeto proteger al litigante ante circunstancias que exceden sus posibilidades, o en aquellos casos en que la ley no da un marco totalmente cerrado, pero en modo alguno su objetivo está en la pretensión del justificable temerario o negligente<sup>12</sup>.

Entiendo que será indiferente que se presente un recurso por otro, debiendo otorgarse el que corresponda, si se dan las siguientes condiciones:

1º) Si la resolución no es clara, o es errónea en cuanto a su contenido material, y el juez entiende que corresponde otro recurso del presentado. Por ejemplo, si se presenta revocatoria y apelación en subsidio, y el juez entiende que sólo corresponde la apelación o se presenta solamente la revocatoria.

2º) Si se han cumplido los requisitos necesarios para que proceda el recurso que corresponde, aunque le dé otro nombre (si propongo una apelación contra una resolución que no causa gravamen irreparable y la fundo con el memorial en ese acto, en cuyo caso sería admisible la revocatoria).

3º) Que el recurso se presente ante el tribunal de la instancia que corresponda (no procedería, pues, una apelación que fuese en realidad revocatoria, si en lugar de presentarse ante el juez de la causa se presentó ante la Cámara).

4º) Además, toda vez que se haya presentado un recurso en forma equivocada y haya sido rechazado por el juez, el justiciable presente el recurso que corresponda antes del vencimiento del plazo del mismo (presentó el primero de los tres días la revocatoria, en el cuarto día me la rechazan; al quinto, apelo).

Sobre este aspecto volveremos al final.

## 7. Examen de los diversos supuestos

a) *El caso del error en la denominación*. Es muy posible, y ello sucede más a menudo de lo que parece, que el litigante erre en la denominación. No porque no

---

<sup>12</sup> “Pero si la parte reconoce acertadamente la clase de resolución (está hablando del caso de la impugnación cuando se presenten resoluciones como dudosas o incorrectas), ni el sentido de la voluntad de tribunal, ni de acuerdo con su forma objetiva de manifestarse, y por ello interpone un recurso erróneo, p.ej., en caso del párr. 99, II, interpone apelación en lugar de queja (nuestro art. 282, Cód. Proc.), u oposición en lugar de apelación o revisión, contra la sentencia no dictada en rebeldía, debe rechazarse como improcedente el recurso (al auxilio jurídico). Pero cuando se den también los presupuestos del recurso procedente, es conveniente tener a este como interpuesto” (Rosemberg, *Tratado*, t. II, p. 357).

conozca el recurso, sino por un “lapsus mental” o acto fallido, como por ejemplo si en una audiencia digo “Interpongo recurso de apelación con apelación en subsidio. Fundamentos de mi recurso, etcétera”. O cuando en un escrito sobre el mismo recurso manifiesto “Interpongo apelación. Fundo mi recurso en etcétera”. Es obvio que en ambos casos quise decir revocatoria. Además surge del contexto cuál ha sido mi verdadera intención, cumpliéndose además los requisitos del recurso de revocatoria. Lo mismo podría suceder si me presento en queja a la Cámara y, cumplidos todos los requisitos formales, digo que vengo en apelación. En estos casos nada obsta al otorgamiento del recurso correcto<sup>13</sup>. Sobre este particular ha tenido oportunidad de manifestarse la Corte Suprema. Como se sabe, el recurso extraordinario debe interponerse y fundarse por escrito ante el tribunal superior de la causa. Pero en casos de duda acerca de la naturaleza del recurso interpuesto, por no expresarse concretamente si se ha intentado el recurso ordinario o extraordinario, debe entenderse que se ha deducido el primero<sup>14</sup>. Ello no es óbice para que, si fuera manifiesta la intención de interponer el recurso extraordinario y se hubiesen cumplido los requisitos necesarios para su procedencia, se admita dicho recurso, no obstante la circunstancia referida<sup>15</sup>.

b) *El caso de las resoluciones oscuras o erróneas. El principio de eventualidad.* Los casos más corrientes donde funciona la teoría del recurso indiferente como un verdadero remedio de justicia se presentan ante las resoluciones oscuras, donde necesariamente pueden concurrir o concurren varias posibilidades recursivas. Por ejemplo, no se sabe si la resolución es una interlocutoria o una resolución simple; o bien un acto procesal que puede ser atacado por recurso de reposición, de apelación, o por incidente de nulidad.

Puede ser que en un juicio sumario, ante un pedido mío, el juez llame autos para sentencia, cuando todavía faltan pruebas a producir y no se ha vencido el término. Es obvio que la resolución causa gravamen irreparable. A *prima facie* la otra parte tendría el recurso de reposición con apelación en subsidio. Pero en este caso, luego de ser mirado superficialmente, vemos que si bien el acto no carece de los requisitos esenciales para la consecución de su finalidad (art. 169, inc. 2º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), se alteran las formas sustanciales del proceso<sup>16</sup>, y naturalmente hasta el juez puede declarar la nulidad de oficio por tratarse de un vicio manifiesto (art. 172, *in fine*, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). De modo tal que correspondería el incidente de nulidad. De todos modos, el caso es lo suficientemente oscuro y el derecho postergado tiene la suficiente entidad como para ser considerado. ¿Cuál es el criterio que se debe seguir? Si se interpone el incidente de nulidad, no se admitirá la apelación subsidiaria ya que no hay agravios futuros<sup>17</sup>. Sin embargo, esto puede traer un grave inconveniente, pues si se promovió el incidente de nulidad

<sup>13</sup> Conf. Devis Echandía, *Tratado*, t. IV, 185; Rosemberg, *Tratado*, t. II, p. 359; 1ª Zpo austríaca lo prevé, expresamente (párr. 84, II, 2).

<sup>14</sup> CSJN, *Fallos*, 127:14; 153:124; 154:223; 187:683; *RepLL*, III-2019, sum. 297.

<sup>15</sup> CSJN, *Fallos*, 151:228; 188:135; *LL*, 28, -523.

<sup>16</sup> Alsina, *Tratado*, t. I, p. 661: “Hemos dicho que el concepto de forma comprende tanto la estructura y modo de exteriorización del acto, como al orden de colocación que a éste corresponde en el proceso”.

<sup>17</sup> No corresponde el recurso de apelación en subsidio al proveerse un incidente de nulidad, respecto de la resolución eventualmente adversa que se ha de dictar en él (CNCiv, 11/10/71, *ED*, 42-507).

cuando en realidad correspondía revocatoria y no se apeló subsidiariamente, se concede la nulidad como revocatoria (por la teoría del recurso indiferente)<sup>18</sup>, pero en caso de resolución adversa la misma causa estado. ¿Qué debe hacerse en este supuesto? Por el principio de eventualidad se deben plantear la revocatoria y la apelación en subsidio, y el incidente de nulidad, de este modo, queda cubierto. O bien se debe plantear el incidente de nulidad con apelación en subsidio, ya que si se rechaza la apelación por inoportuna haciéndose lugar al incidente, habrá lugar para interponerla luego, y si el incidente no fuese procedente funcionaría como revocatoria con apelación en subsidio, o en el peor de los casos como apelación directa.

Las situaciones jurídicas ambiguas no son sólo teóricas. Véase el caso de las medidas cautelares. Se discutió mucho sobre cuál era la naturaleza jurídica de la resolución sobre ellas (simple o interlocutoria), en virtud de que se dictaba *inaudita pars*. Es obvio que se trata de una interlocutoria con bilateralidad postergada. Pero el codificador de la ley 22.434 fue más práctico. En lugar de sumergirse en un mar de dudas resolvió conceder ambos recursos para este caso (art. 198, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

c) *El caso de la apelación mal concedida. Poderes de la alzada.* Uno de los casos más corrientes y evidentes de aplicación de este principio se da en los casos de error en la concesión del recurso de apelación (art. 276, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Por ejemplo, contra la sentencia de un juicio ordinario o sumario se concede el recurso en relación o con efecto devolutivo. O a la inversa, contra la sentencia en juicio ejecutivo se concede la apelación libremente. ¿Quedará el justiciable sometido por la concesión del juez de primera instancia en el caso que no hubiese reclamado sobre la forma de concesión del recurso? En un importante fallo que tiene numerosos antecedentes y consecuentes<sup>19</sup>, que dio lugar a la doctrina del art. 277 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (que no incluyó esta solución), se dijo: “El tribunal de apelación está facultado para examinar la procedencia del recurso, así como las formas en que se lo ha concedido, 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 encuentra consentida, examen que puede hacer de oficio porque se trata de una materia que afecta al orden público”<sup>20</sup>. Numerosos tribunales han dictado otros fallos en el mismo sentido<sup>21</sup>, aspecto que claramente ha marcado el art. 176 del Cód. Proc. Civil de la Nación. Pero lo importante es que el fallo permite extender la interpretación del artículo que estamos viendo aun a los efectos de la apelación. La revisión sobre la concesión del recurso es corriente en todas las instancias superiores, pues el juez del recurso es el “superior” y no el *a quo*.

<sup>18</sup> No corresponde conceder el recurso de apelación si al interponer el de revocatoria no se planteó aquél en subsidio (en el caso, el recurrente había pretendido promover un incidente de nulidad procesal que, en realidad, constituía un pedido de revocatoria) (CNCCom, 23/2/72, ED, 45-25, n° 8).

<sup>19</sup> CNCiv, 25/9/72, ED, 45-257, n° 70.

<sup>20</sup> Conf. Jofré, *Manual de Procedimientos*, 4ª ed., t. III, cap. XXXV, n° 7 y jurisprudencia allí citada; Alsina, *Tratado*, t. II, cap. XXX, n° 11 y jurisprudencia que cita en nota; Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, comentario a los arts. 242 y 837 y jurisprudencia allí citada. CNCiv, Sala A, ED, 26-46; Sala B, 13/4/72, ED, 37-508, expte. 172.474; íd., Sala D, ED, 41-236; íd., Sala C, LL, 135-1136, 21-091-5.

<sup>21</sup> ED, 8-814; ED, 41-286; LL, 148-675, fallo 29.523; LL, 44-362; LL, 732; RepLL, XXV-1329, sum. 32; LL, 51-412, fallo 23.443.

d) *El caso de la apelación diferida.* En los procesos de ejecución, las apelaciones diferidas deben fundarse juntamente con la interposición del recurso contra la sentencia (art. 247, Cód. Proc. Civil de la Nación). Pero sucede que el ganador en el proceso no puede apelar la sentencia<sup>22</sup>. Sin embargo, puede interesarle la apelación diferida y su fundamentación, para el caso en que la Cámara revoque la resolución de primera instancia, cosa que no haría, por ejemplo, de haberse fundado la apelación. Parecería que en este caso me veo limitado en cuanto a mis posibilidades, pues lo único que podré hacer es contestar la apelación de la contraria, por un lado, porque yo no puedo apelar; en segundo lugar, es muy probable que cuando haya apelado la contraria yo ya no tenga tiempo porque se me ha vencido el plazo para fundar la apelación diferida (podría hablarse aquí de recurso de adhesión). Sin embargo, aunque yo no pueda apelar puedo fundar mi recurso diferido, y debo hacerlo dentro de los cinco días de notificado de la sentencia, junto con la apelación (art. 244, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Este recurso es un recurso condicionado a que la otra parte apele. Si no lo hace carece de interés mi presentación, pero si lo hace mi fundamentación diferida estará para considerarse, sin perjuicio que pueda contestar su memorial. De este modo, mi fundamentación diferida se tendrá como recurso en apelación para el caso de que el otro litigante apele<sup>23</sup>.

e) *Recursos superabundantes.* Este caso es un complemento del presentado en el punto a y supone la existencia de la presentación de más de un recurso que juegan combinados, pero en forma independiente, como si la combinación de ambos no existiera. Así sucede en el caso del recurso de apelación interpuesto en subsidio de la revocatoria extemporánea, pero deducido dentro del plazo del art. 244 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (cinco días, recuérdese que el plazo de la revocatoria es de tres, que debe considerarse como una apelación directa, toda vez que su deducción subsidiaria no le hace perder su naturaleza específica<sup>24</sup>).

f) *Eliminación de oficio de requisitos formales.* Volvemos al recurso extraordinario y hallamos que la Corte ha mantenido constante jurisprudencia en el sentido del cumplimiento estricto de las exigencias de las leyes de fondo y forma para entrar a conocer el recurso extraordinario. Sin embargo, Barrancos y Vedia nos señala aspectos interesantísimos donde esos principios no juegan o lo hacen en forma disminuida<sup>25</sup>. Hay “situaciones –dice el autor citado– en que, por tratarse de juicios ejecutivos o apremios, no se cumple con el requisito propio del recurso extraordinario, consistente en que la sentencia contra la cual se interpuso la apelación debe ser definitiva (art. 14, 1ª parte, ley 48). La jurisprudencia de la Corte, por regla general, no

<sup>22</sup> ED, 37-506; ED, 32-134; LL, 139-785, fallo 24.210-S; LL, 27-741; LL, 131-237; LL, 33-416. CNCiv, 11/10/71, ED, 42-507 dice: “La apelación en efecto diferido se funda en los procesos de ejecución juntamente con la interposición del recurso contra la sentencia... conclusión que no se modifica por la circunstancia de que quien debe fundar el recurso así concedido, no debe apelar la sentencia por acoger ésta sus peticiones”.

<sup>23</sup> Si bien es cierto que el art. 247 del Cód. Proc. al disponer que la apelación en efecto diferido se fundara en los procesos de ejecución, juntamente con la interposición del recurso contra la sentencia, establece un plazo para presentar el respectivo memorial, que no es otro que el contemplado en el art. 244 del Cód. Proc., y que debe computarse desde la fecha de notificación de la sentencia, no lo es menos que ello supone que el apelante ha tenido oportuno conocimiento de la concesión del recurso (CNCiv, 11/10/71, ED, 45-253, n° 18).

<sup>24</sup> CNCiv, 11/10/71, ED, 41-287.

<sup>25</sup> Barrancos y Vedia, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.

abre el recurso extraordinario en tales supuestos; sin embargo y también desde antiguo la Corte ha abierto el recurso y equiparado a ‘sentencia definitiva’, a aquellas resoluciones que por sus efectos posibles sobre la solución del litigio causaren un gravamen de imposible e insuficiente reparación ulterior<sup>26</sup>. ”En situaciones en que: a) no se cumple algún requisito necesario para la procedencia normal del recurso extraordinario, como ser: la resolución apelada no es ‘sentencia definitiva’, o por no haber argüido oportunamente los agravios en que se funda el recurso extraordinario; y b) el problema decidido por el tribunal inferior no ha implicado estrictamente la interpretación de actos normas federales, ni tampoco ha versado sobre un conflicto entre la Constitución nacional y normas y actos de autoridades nacionales o locales (es decir, ha significado resolver una cuestión de carácter ‘procesal’, o de derecho común, o ‘derecho local’). La regla es que en los supuestos a y b el recurso extraordinario no procede. Sin embargo, la Corte –o la opinión minoritaria del alto tribunal– en tales casos ha considerado admisible el recurso alegando la ‘gravedad institucional’ o el interés institucional de la cuestión, cuando, entre otras muchas razones, lo decidido excede el interés individual de las partes y atañe también al de la colectividad<sup>27</sup>; o cuando lo resuelto en un apremio puede afectar la expedita prestación de un servicio público<sup>28</sup>; o cuando el monto exorbitante de un apremio puede importar el desapoderamiento total del ejecutado sin forma bastante de juicio<sup>29</sup>; o cuando lo resuelto puede resultar frustratorio de derechos de orden federal perturbando la prestación de servicios públicos en cuyo caso –dijo la Corte– “la defensa del derecho federal y constitucional no puede ser desechada con base en razones de mero orden formal”<sup>30</sup>; o cuando se excluye arbitrariamente a alguien de la defensa de los derechos que pudiera asistirle”<sup>31</sup>.

## 8. El recurso implícito y el recurso indiferente

Una variante interesante del recurso indiferente es el recurso implícito. En principio, el recurso implícito tampoco está previsto en nuestra legislación procesal, de donde la deserción del recurso equivale al cierre de la competencia abierta por la concesión del mismo<sup>32</sup>. En el procedimiento administrativo, el decr. 1789/72 reglamentario de la ley de procedimientos administrativos, determina la apelación (recurso jerárquico) implícita con la presentación de la reconsideración, para el caso de que ésta sea denegada<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> Barrancos y Vedia, *Recurso extraordinario*, p. 159. Esto no más que una reedición de las acciones ficticias o útiles del pretor romano (Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, n° 787, b. Sobre los ejemplos, Gayo, IV, 34 a 36).

<sup>27</sup> CSJN, *Fallos*, 247:601; *Fallos*, 255:41; *Fallos*, 280:114; *Fallos*, 262:144; *RepLL*, XXI-1052, sum. 83, *RepLL*, XXIV-1348, sum. 43; *LL*, 117-551; *LL*, 120-747.

<sup>28</sup> CSJN, *Fallos*, 247:601; *Fallos*, 258:517; *LL*, 112-256.

<sup>29</sup> CSJN, *Fallos*, 253:52; *LL*, 108-391.

<sup>30</sup> CSJN, *Fallos*, 256:526; *LL*, 113-380.

<sup>31</sup> CSJN, *Fallos*, 260:204; *LL*, 118-919, 12.172-S; *Fallos*, 262:155; Barrancos y Vedia, *Recurso extraordinario*, p.160.

<sup>32</sup> Díaz, *Instituciones*, t. II, B, p. 694.

<sup>33</sup> Art. 88: “El recurso de reconsideración contra actos definitivos o asimilables a ellos y el de apelación previstos en el artículo anterior, inc b, llevan implícito el recurso jerárquico en subsidio”.



Pero el recurso implícito tiene sus variantes, pues puede suceder que el recurso sea implícito en sí mismo, o lo que se halle implícito en si mismo sea la fundamentación.

Fuera del caso del derecho administrativo, en ciertos supuestos muy especiales, la Corte ha admitido el recurso implícito y ha dicho: “Si las causas acumuladas son sustancialmente similares y los fundamentos de la decisión comunes, la expresión de agravios formulada por el recurrente alcanza a todas ellas, aun cuando no se aluda en el escrito concretamente a uno de los procesos, y éste haya sido objeto de referencia individual en la parte dispositiva de la sentencia”<sup>34</sup>. Aunque el fallo se refiere a la expresión de agravios, se extiende al acto recurrido.

Más corriente resulta previsto expresamente el caso de la fundamentación implícita, en los supuestos de revocatoria con apelación en subsidio, donde no se admite ningún escrito para fundar la apelación, sirviendo la presentación de la revocatoria como memorial<sup>35</sup> por lo que debe reunir los requisitos de éste<sup>36</sup>.

En algunos casos se ha ido más allá en atención a principios de economía procesal: “No corresponde devolver el escrito en que se interpuso el recurso de apelación y también se lo fundó –en contra de lo dispuesto por el art. 245, ap. 2º, del Cód. Proc. Civil y Com de la Nación– si se confirió traslado del mismo a la contraparte, ello por razones de economía procesal”<sup>37</sup>.

## **9. Fines, derecho comparado y proyectos argentinos**

¿Cuál es el fin del recurso indiferente y cuáles son sus verdaderos límites? Dentro de la mayor o menor estrictez de la formas que adoptan las distintas legislaciones es importante para contestar la primera pregunta las palabras del licenciado Jorge Fábrega P. al comentar el art. 40 del Proyecto Procesal Civil Panameño<sup>38</sup> que dice: “Art. 40: Cualquier defecto en la denominación o calificación de la acción, pretensión o incidente, no es óbice para que el tribunal acceda a lo pedido, de acuerdo con los hechos invocados y la prueba practicada, si la intención de las partes es clara”. “Y cito este artículo –continúa– porque una de nuestras aspiraciones fundamentales ha sido la eliminación, hasta donde sea posible, del formalismo rígido que caracteriza nuestro régimen actual y que una jurisprudencia continua, ininterrumpida, implacable, ha venido a desarrollar... Un recurso de revocatoria denegado, tan sólo porque el recurrente lo denominó reconsideración, y no revocatoria, etcétera”.

En mayor o menor medida las legislaciones de los distintos países han actuado en este campo tratando de eliminar las formalidades, que el proceso no se constituya en un secreto, en un arma de una clase, en un oscuro cientificismo estéril. Así, el Anteproyecto Español de Código Procesal Civil y Ley Reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, estableció en su base 13ª, art. 49, 4º: “Se simplificarán los requisitos para la interposición del recurso, subsanándose de oficio, cuando ello sea posible, y en un breve plazo, los errores que se hubieren cometido”.

<sup>34</sup> CSJN, 13/2/73, JA, 1973-18-348; íd., LL, 150-446.

<sup>35</sup> CNCiv, 26/10/71, ED, 45-281.

<sup>36</sup> CNCiv, 30/8/73, ED, 12/12/73, p. 2, n° 11; íd., CNCCom, 18/4/73, ED, 12/12/73, p. 2, n° 13.

<sup>37</sup> CNCiv, 8/6/72, ED, 49-367.

<sup>38</sup> *Proyectos y códigos*, p. 38.

La nueva codificación panameña adoptó como art. 11 el art. 40 que hemos transcrito con una ampliación interesante: “Cualquier defecto en la identificación de denominación o calificación de la acción, pretensión, incidente o recurso, o del acto, de la relación o del negocio que es objeto de que se trate... etcétera”.

El nuevo Código Procesal Civil colombiano dispone en su art. 403 como medidas de saneamiento: “A partir de la admisión de la demanda y en las oportunidades que para cada una señala este Código, debe el juez decretar las medidas autorizadas para sanear los vicios de procedimiento que puedan existir, integrar el litisconsorcio necesario, evitar que el proceso concluya con sentencia inhibitoria y prevenir cualquier tentativa de fraude procesal”.

El Código de Procedimientos Civiles Federales Mejicanos en su art. 690 prevé expresamente la apelación adhesiva (decreto 21 de mayo de 1996), y en el art. 704 (con la reforma citada) prevé la revisión por el superior si el recurso fue concedido en término.

*The federal rules of civil procedure* de Estados Unidos de América establece en su regla 8, f: “Las peticiones se interpretarán de modo que se haga justicia sustancial”. Comentando estos y otros aspectos, Fleming, ha dicho: “El sistema del contradictorio (*adversary system*) tiene defectos así como virtudes. Presupone igualdad de oportunidades medios, pericia; pero casi nunca aparecen equiparados en el proceso. Frecuentemente degenera en un juicio por combate con una victoria para el más diestro y el más fuerte, y no para la parte que tenga derecho. Cualquier medida que la ley procesal o el juez puedan adoptar para equilibrar las oportunidades y poder darle una forma idónea a una presentación defectuosa, de modo que la controversia se decida sobre los méritos del caso, vendría más bien a la larga a robustecer el sistema del contradictorio y no a afectarlo y afectarla la fuerza moral de la sentencia”<sup>39</sup>.

El Anteproyecto de 1964 para el Brasil, que es uno de los más técnicos y modernos, además de establecer el despacho saneador que ya es bastante conocido en Latinoamérica, establece expresamente la teoría alemana de los recursos indiferentes (*Sowohl auch Theorie*). En el código de 1973 se admite la apelación por la parte vencida, por el tercero perjudicado y por el Ministerio Público (art. 499), pero también se admite el recurso adhesivo (art. 500).

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, con base en el proyecto para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, establece en el art. 64: “*Forma de los actos procesales*. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, será la que resulte indispensable e idónea para la finalidad perseguida”.

## 10. Conclusiones. La aplicación en la Argentina

¿Qué nos significa todo lo visto? Indudablemente, una importante tendencia hacia la libertad de las formas. Pero ahora viene la segunda pregunta que formulamos: ¿cuáles son los límites?, pues las formas son también necesarias para mantener el orden y la organización del sistema.

<sup>39</sup> Fleming, James (jr.), *Civil procedure*, 1965, citado por Fábrega, *Proyectos y códigos*, p. 214.

En primer lugar, cabe contestar que pese a la cierta uniformidad del proceso en los distintos países, tanto latinos, sajones, socialistas o liberales, hay naturalmente una serie de cuestiones que solamente pueden resolverse teniendo en cuenta la idiosincrasia de cada país, de cada territorio. Ello es así, porque su olvido puede crear dificultades más grandes que los bienes que se tienen a aportar. En el caso particular que hoy nos ocupa –“el recurso indiferente” o “recurso paralelo” –, hemos podido observar que tanto en la legislación nacional como en el derecho comparado existe un gran movimiento que nos acerca a la noción que hubieron creado en Alemania. Vemos además que el problema no se circunscribe al recurso, sino a toda una serie de actos procesales en los que se desarrolla el proceso y que están íntimamente ligados con la forma.

Nosotros hemos anticipado conclusiones en el punto 6 de este trabajo que ahora corresponde responder: de tal modo, el recurso indiferente procede:

1) Cualquiera sea la denominación dada al recurso si cumple los fines del recurso que realmente correspondería.

2) En los casos de resoluciones erróneas u oscuras, o cuando de la ley no surja el remedio adecuado, cualquier recurso que se presente: sea el que correspondería contra la resolución que debió dictarse, sea el de la resolución que realmente se dictó, sea el que entiendo corresponde, pues la ley permite varias variantes sin especificar el caso.

3) Que en cualquier caso, presentado un recurso el tribunal conceda un período para su subsanación si el mismo no corresponde o no está completo, o cuando menos si los recursos tienen distinto plazo, que la interposición de uno interrumpa los términos de modo tal que pueda presentar el que corresponda.

Lo ideal sería unificar todo el régimen de recursos otorgándoles los mismos términos, y que en caso de concurrencia de recursos o de remedios, la interposición de cualquiera de ellos interrumpa el plazo. Se podrá aducir que los litigantes pueden usar de este medio para dilatar los procesos. Para ello están las sanciones que el juez puede aplicar cuando la actuación sea meramente superflua o dilatoria. Además hay una pregunta que resolver: el litigante no actúa por sí, contrata a un letrado. ¿Es su culpa que el letrado sepa más o menos? ¿Debe perder el juicio por un simple error? Además ¿qué perjuicio puede causar la concesión del recurso? Ninguna, ya que el tiempo que se pierde es ínfimo si es rechazado inmediatamente por no corresponder y beneficia la defensa el juicio y la verdadera justicia si la resolución se revoca.

Si al litigante temerario, que apela y pierde en segunda instancia sin razón alguna, se le puede aplicar una multa o sanción que quite las intenciones de jugar con el proceso, el problema está resuelto. De todos modos, la adopción del recurso indiferente implica una revisión en muchos de los conceptos del Código Procesal. No se puede adoptar un solo aspecto de toda una cuestión que integra un modo de pensar y una sistemática total de la vida jurídica.

La jurisprudencia en la Argentina ha sido variable. El recurso indiferente o paralelo no es admitido por la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, con especial acento en el recurso extraordinario por inconstitucionalidad provincial, que no

admite la superposición no excluyente con el recurso extraordinario federal<sup>40</sup>, aspecto que la doctrina reiteradamente ha criticado<sup>41</sup>. Sin embargo, en otros tribunales ha tenido suficiente acogida<sup>42</sup>. Al respecto puede destacarse la jurisprudencia de Córdoba y San Juan, que han resuelto, por ejemplo: el principio *iura novit curia* permite superar errores de encuadre legal entre las distintas causales de un mismo recurso; no así cuando el error versa sobre la elección del recurso extraordinario local (inconstitucionalidad o casación), al atender a las diferencias cualitativas de ambas vías y a la distinta competencia. Ello es así toda vez que no se ha llegado a receptar legalmente el denominado recurso indiferente, conforme al cual el tribunal puede adecuar la instancia recursiva a los parámetros legales y así suplir vicios o deficiencias<sup>43</sup> y la alzada tiene poder de adecuar el régimen de costas y el monto de los honorarios establecidos por la instancia inferior, en caso de que revoque o modifique el fallo. Como lo dice la ley, no se precisa al efecto de la interposición de un recurso, de manera que opera como una facultad oficiosa, de uso no arbitrario ni libre, sino condicionado a la existencia de una apelación sobre el fondo del asunto; es indiferente, como resulta de lo dicho, que a esa impugnación la acompañe otra, específicamente apuntada a corregir el régimen establecido por el fallo, si se revocare<sup>44</sup>.

Sin embargo, difícilmente se logrará un consenso general sobre la materia, si antes no se tiene un consenso general sobre el alcance y función de las formas.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

<sup>40</sup> SCBA, ac. 35.109, *DJBA*, 131-181.

<sup>41</sup> Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos*, t. III, 1988, p. 880 a 883.

<sup>42</sup> La revisión judicial de una sanción administrativa –como la establecida en el art. 30 de la ley 21.740- no origina, de acuerdo al fuero designado como competente, las actuaciones en sede penal a que se refiere la exención de tasa judicial, por lo que deviene indiferente que el recurso contencioso administrativo haya sido resuelto por la sala penal de la cámara federal competente. (CSJN, 5/4/95, “Mattievich SA s/recurso de reconsideración y apelación en subsidio” –art. 30, ley 21.740–).

El art. 406 del Cód. de Proc. Penal (se refiere al anterior al actual), al receptar la teoría del recurso indiferente admitiendo la interposición de recursos ordinarios contra el auto de prisión preventiva, sólo hace alusión al caso en que los mismos lo sean por la persona afectada por la resolución impugnada, evitándose así que el detenido perdiera la ocasión de instar la revisión del interlocutorio por desconocimiento del remedio procesal precedente. Por lo tanto, no puede hacerse extensiva su aplicación a los que dedujeran los representantes letrados, para quienes la única vía legal permitida es la del consabido recurso de corpus corpus (CPenal San Nicolás, 17.639, RSI-151-93, I, 18/8/93, “O. J. A. s/hábeas corpus”). No es el caso admitir el recurso indiferente que resulta de una fundamentación similar (con el de inaplicabilidad), por regla descalificable, sino de preferenciar un criterio no solemne ni formalista, sino amplio y flexible, acorde con la mejor comprensión de las garantías que resguardan –en todas las instancias– el debido proceso legal adjetivo (TSJ Neuquén, TS 20 RSI-47-92, I, 20/10/92, “O.S.P.A.G. y otro c/Mirabetti, Roberto s/cobro de aportes”). El recurso indiferente o también recurso paralelo, es aquel que sin ser el que la ley prescribe para el caso, o que siéndolo se han omitido recaudos formales, y produce, no obstante, los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva que el correctamente articulado. La doctrina procesal moderna ha estructurado el recurso indiferente como remedio no sólo para la impugnación, sino para todos los actos jurídicos. La informalidad de la vía obra como carril impugnativo suficiente, sin necesidad de responder a las cargas técnicas de encuadre, para reposar en el fundamento y esencia que porta la queja (STJ Santiago del Estero, 20.155 S, 5/5/95, “Tagliotti, Guillermo J. c/Noemí Suárez y otros s/daños y perjuicios-Casación”).

<sup>43</sup> TS Córdoba, 11/12/97, “Aguirre Domínguez, José M. y otra”, *LLC*, 1998-356.

<sup>44</sup> CApelTrab San Juan, Sala I, expte. 3075, “Araya, Zulma C. c/Frutos de Cuyo SA-apelación de sentencia”, protocolizado 17/12/96.