

Nº 9.600

CCCSF, S. 3º

COSTAS. Declaración oficiosa de inadmisibilidad de un recurso de alzada. NOTIFICACION: ficta por retiro de autos.

1. Ante apelación erróneamente concedida por el juez a quo y no mediando por parte del no apelante la oportuna queja que prevé CPC, 355, corresponde imponer las costas de la segunda instancia declarada oficiosamente inadmisibile por el tribunal ad quem, del siguiente modo: al recurrente, las propias y la mitad de las correspondientes a su contrario, quien soporta la mitad restante. *

2. El retiro del expediente por el apoderado de la parte trae aparejada la notificación de los actos habidos en el proceso y, en especial, del último existente al momento del retiro. Por virtud de ello, los plazos respectivos se computan a partir del día hábil siguiente (en disidencia, el Dr. Villanueva). *

3. Cuando el CPC establece que una determinada resolución debe ser notificada por cédula, no cabe admitir el anoticiamiento ficto por la vía del retiro del expediente (de la disidencia del Dr. Villanueva). *

Baroso, M. C. de

Santa Fe, 24 de abril de 1980. Considerando: Que, como lo tiene establecido esta Cámara por las tres Salas que la componen, la instancia de alzada es de orden público, deviene de la ley y no de la voluntad de las partes, ni de una providencia del juez que al margen de los requisitos exigibles, haya desplazado indebidamente la competencia a este grado jurisdiccional (Autos, t. I, fs. 93, 142, 175, 193, 473; t. II, fs. 67 y 159; t. III, fs. 88, 155, 254, 255; t. IV, fs. 21, 27, 365; t. VI, fs. 362; Fallos, t. VII, fs. 194; t. VIII, fs. 205; etc). Por ello resulta previa al examen y resolución propios de cualquier medio de impugnación, la verificación, por el tribunal del cumplimiento de aquellos recaudos, es decir, si el o los recursos han sido interpuestos por parte legítimada para hacerlo, por el medio técnico idóneo para ello, en tiempo hábil y contra una resolución apelable, requisitos, todos, de jurídica

* Nota a fallo

En el fallo que anotamos se consagran dos tesis jurisprudenciales que aparecen en abierta contradicción con las que sustentaran Salas de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario respecto de idénticos temas.

1) En cuanto al modo de imponer costas ante un recurso erróneamente concedido por el juez inferior y declarado inadmisibile por actividad oficiosa de la propia Cámara —ya que no medió en la especie la queja oportuna que autoriza CPC, 355— existe antigua jurisprudencia que considera deben ser soportados por su orden (Cfr. Juris, 10-23; 10-323; JA, 1959-II-536) en tesis reciente y reiterativamente sostenida por CCCR, S. 3º (ver auto Nº 46, de mayo de 1979 in re "Florito, Nicolás c. Fauré, Eugenio").

equivalencia, de modo que la falta de uno solo de ellos torna ilegítima la apertura de la instancia, y en tal caso, el tribunal debe así declararlo y devolver el proceso a su grado originario.

Que en la especie, obra en autos el informe del empleado de mesa de entradas, producido a raíz del pedido del actor, del cual surge que el expediente se encuentra en poder de la apoderada del recurrente desde el 30 de junio de 1978; ésta se dio por notificada en la fecha en que interpuso el recurso de apelación, es decir el 17 de julio de 1978.

Que los antecedentes reseñados permiten concluir que concurren, en el caso, los extremos que autorizan a reputar producida la notificación ficta, ya que el retiro del expediente por persona con interés legítimo —apoderado del recurrente— conlleva la atribución de conocimiento de los actos habidos en el proceso, especialmente del último existente al momento del retiro —en la especie, resolución del juez, que se apela— desde el primer día hábil posterior (art. 71, CPC), como ya lo resolviera esta sala en casos similares (v. A., t. VII, fs. 254; t. IX, fs. 274; etc.); en consecuencia de las consideraciones precedentes, corresponde declarar que el recurso ha sido mal concedido.

Que por esta segunda instancia de orden público —con ajuste a uniforme y constante doctrina y jurisprudencia, incluso de esta sala—, el tribunal debe necesariamente examinar como cuestión previa y aun de oficio, la admisibilidad formal de los medios impugnatorios que han determinado la remisión de la causa a su conocimiento y decisión, debiendo declararlos mal concedidos, si así correspondiera, aunque no lo haya solicitado ninguno de los litigantes en la pertinente oportunidad procesal; circunstancia que plantea el problema de la distribución de las costas de este grado, por haber concurrido ambas a su inútil y dispendiosa substanciación y a cuyo respecto esta sala tiene decidido por mayoría —en su anterior integración—, para los supuestos en que la parte no recurrente omite reclamar tempestivamente por la indebida concesión de los recursos, limitándose a advertirlo extemporáneamente al contestar el escrito de agravios —como sucede en el caso—, que las costas deben imponerse en el orden causado, pero con el significado y alcance de que el apelante soportará las de su parte, más la mitad de las correspondientes a la contraria, que sólo cargará con la otra mitad de las suyas propias (Fallos, t. XI, fs. 344).

2. En cuanto a la posibilidad de aceptar notificaciones fictas por retiro de autos cuando la ley exige que la respectiva actuación sea notificada mediante cédula, CCCR, S. 3ª sostiene que “dentro de nuestro ordenamiento legal la notificación constituye un acto esencialmente formal que debe ser realizado conforme a expresas prescripciones de la ley establecidas para asegurar la efectiva noticia de lo que debe comunicarse a la parte interesada. En otras palabras: dentro de la economía general de la ley, el régimen notificadorio se basa en el principio de la recepción, lo que resulta congruente con el sistema preponderantemente dispositivo que en ella impera”.

“Contra tal principio de obvia vigencia —dado que otorga plena seguridad a todo litigante— atenta la que se considera errónea ju-

Se resuelve: Declarar mal concedido el recurso de apelación, interpuesto e imponer las costas de su parte al apelante, más la mitad de las correspondientes a la contraria, quien cargará con la otra mitad de las suyas propias. **Adolfo Villanueva** (en disidencia). — **Beatriz Miró Pla.** — **Homero Ferreyra.**

Disidencia del Vocal Dr. Villanueva: Considerando: Que los agravios vertidos con relación a la denegatoria del levantamiento de las medidas conservatorias, resultan admisibles por cuanto la sentencia alzada no resulta congruente con las disposiciones del Código Civil relativas al dominio de los bienes y los derechos que le asisten al titular.

En efecto, la escritura N° 70, de fecha 4 de agosto de 1975, es suficiente por sí misma por tratarse de un instrumento público —art. 979 CC— que hace plena fe, por no haber sido argüido de falso, no sólo entre las partes, sino contra terceros, no únicamente en cuanto a la ejecución del acto, sino también a las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etcétera, contenidos en ellos, según surge de los arts. 993, 994, 995 CC. Pudiéndose agregar que habiendo intervenido el actor en dicho acto prestando su conformidad con la donación de los inmuebles cuestionados en autos, y manifestando haber recibido igual valor que los adjudicados al demandado, mediante donación que, por escritura le hicieran sus padres, queda comprendido por analogía en la norma del art. 992 CC, debiéndose tener presente que la aludida donación reviste el carácter de “simple e irrevocable” y, en ningún momento, en la mencionada escritura de donación, aparece la voluntad de que los donantes se hubieren reservado el usufructo de los bienes donados (art. 1801 CC), como pretende el actor en su escrito. El actor reconoce en la aludida escritura de donación, haber recibido igual valor que el demandado y, cabe suponer que ello ha sido también como “anticipo de herencia”, e iguales condiciones que el demandado, ya que no ha producido prueba alguna en contrario.

En el caso de autos tenemos que, conforme al art. 2519 CC, al demandado, al revestir el carácter de dueño de los inmuebles individualizados en el petitorio del actor, también le pertenecen las cosas muebles inventariadas en su interior por aplicación de la norma del art. 2520 CC; y, en tal sentido **Machado** (Exposición y Comentario del

risprudencia —fruto de aplicar a nuestro proceso teorías extrañas a su estructura formal— que admite notificaciones fictas, que ya fueron calificadas como “extralegales” por el siempre recordado **Miguel A. Rosas Lichtschein**. Ya en el tomo 24, pág. 133 de *Juris*, glosando caso parecido al presente —germen de la corriente interpretativa que no comparte este pronunciamiento— advierte que la base doctrinal del fallo comentado se encuentra en la posibilidad de convalidar un acto de procedimiento, a tenor de lo dispuesto en CPC, 128. Pero sobre el tema, llama la atención respecto de algo que vale la pena reflexionar meditadamente: la convalidación de una notificación defectuosa requiere la existencia del acto notificadorio irregular; y en todo supuesto de anoticiamiento ficto falta, precisamente, ese acto material y formal que la ley requiere”.

Código Civil Argentino, t. VI, pág. 505) al analizar el art. 2523 ha dicho que "la ley presume la plenitud de la propiedad", y en la nota al mismo expresa que "siendo la obligación una restricción a la libertad del individuo, el que quiera compeler a otro para que ejecute un acto cualquiera, debe demostrar la existencia de la obligación", citando a Freitas en el art. 4073 del Esbozo, como apoyo de su postura, quien claramente expresa que "el dominio tiene a su favor la presunción de ser perfecto, hasta que no se pruebe lo contrario".

Por su parte, Llerena (Concordancias y Comentarios al Código Civil Argentino, t. VII) sostiene que "quien pretenda un derecho sobre cosa de otro, debe probar su pretensión y esta prueba deberá hacerse con arreglo a los principios generales establecidos para probar los hechos o los contratos, según sea el origen del derecho que se alega y según sea también la clase de derecho, real o personal" (p. 325).

La presunción contenida en el art. 2520 CC admite prueba en contrario puesto que dicha disposición no es más que una aplicación del principio universalmente aceptado de que lo accesorio sigue a lo principal (p. 319).

También Salvat-Novillo Corvalán (Derechos Reales —1952—, t. II, pág. 45, N° 625) manifiestan que "el art. 2523 consagra también una segunda consecuencia del carácter exclusivo de la propiedad: cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro, debe probar su pretensión y, hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo e ilimitado. La pretensión del tercero, en efecto, tiende a destruir la condición normal de la propiedad, la cual, como hemos dicho, se presenta como un derecho exclusivo. La existencia, sea de un derecho de copropiedad, sea de cualquier otro derecho real que implique la desmembración de la propiedad o aun de la copropiedad misma, debe, por consiguiente, ser acreditada por la persona que lo invoque".

Por todo lo precedentemente expuesto y constancias de autos, la sentencia alzada, en cuanto resuelve la incidencia, no aparece ajustada a derecho y por consiguiente los agravios vertidos en esta instancia a su respecto, resultan procedentes para fundar el recurso interpuesto, cuya admisibilidad lleva implícita la procedencia del incidente que, contrariamente a lo sostenido en la resolución recurrida, el informe de la actuario carece de base que corrobore la afirmación de la sen-

"A partir de allí, Rosas efectúa atinadas disquisiciones que lo llevan a concluir que no cabe la adopción de la notificación ficta como una regla general sino como "excepcional desenlace de una excepcional situación", pues de otro modo "se llegaría a la peligrosa creación de un sistema de notificaciones sin base en la ley o contra sus normas expresas, que hablan de un acto irregular de notificación o de una comunicación hecha en el proceso... y no cualquier barrunto que se presta... a dudas e interrogantes incompatibles con la finalidad y naturaleza de la diligencia".

"Tan breves consideraciones llevan a la Sala a rechazar las llamadas notificaciones fictas, salvo algún caso de aislada y verdadera

tencia, puesto que dicho informe alude a una manifestación atribuida a la profesional representante del demandado y, que no se encuentra avalada por ningún elemento valedero, puesto que el escrito de presentación de la incidentista, si bien lleva el cargo 1054, carece de firma de la Secretaria y el decreto que le sigue no ha sido suscripto por el titular del juzgado ni por la actuaria y, en consecuencia, carece de todo valor jurídico por no constituir una actuación judicial y reviste el carácter de nula, conforme a lo dispuesto en el art. 49 CPC; asimismo debe destacarse el curioso detalle de que los autos se encontraban en poder de la apoderada del accionado, según informa mesa de entradas, y se provee la intimación, ambas en fecha 30 de junio de 1978, y que el 7 de julio se notificó el doctor Julio César Collado del decreto precedentemente mencionado, y luego los autos aparecen devueltos recién el 17 de julio conforme expresa mesa de entradas, y corrobora el decreto del juzgado.

Finalmente, cabe acotar que el recurso fue interpuesto en término, tal como expresamente lo reconoce el juez a quo, haciendo valer la falta de cumplimiento de las normas legales procesales aplicables, que dieran lugar a la irregularidad configurada por la existencia de cargo y decreto carentes de firma autorizante, falta de recibo del retiro del expediente, etcétera.

Por otra parte, sin desconocer que en algunas situaciones se ha tenido por notificada a la parte que retirara el expediente, en el caso de autos estimo que dicha jurisprudencia o criterio, no puede admitirse, atento lo expresamente establecido en el art. 62 inc. 7º CPC, que ordena imperativamente la notificación mediante cédula de "...las sentencias definitivas y autos interlocutorios con fuerza de tales", debiendo tenerse presente que, en ninguna parte de estos autos se ha acreditado que el litigante interesado haya concurrido a notificarse en Secretaria, ni se ha dado cumplimiento a lo ordenado en los arts. 60 y 61 CC, por todo lo cual el recurso aparece interpuesto tempestivamente, tal como expresamente lo reconociera el juez de primera instancia.

Se resuelve: Admitir el recurso de apelación en todas sus partes, revocándose la sentencia de primera instancia, no haciendo lugar a las medidas conservatorias solicitadas por la parte actora por no haberse acreditado el carácter de bienes propiedad de la causante los afectados por las mismas, ni haberse prestado caución en su caso. Costas a la parte actora en ambas instancias. Adolfo Villanueva.

excepción que en el caso, no se presenta" (Cfr. sent. del 3 de marzo de 1980 in re "García c. D'Alessandro").

Como se ve a través de los párrafos transcritos, existe clara contradicción entre el pronunciamiento glosado y los que se citan en el cuerpo de este comentario. Ello basta, a nuestro juicio, para que deba funcionar al respecto el Tribunal Plenario que autoriza CPC, 375, a fin de que no reine caos interpretativo que genere dudas y respuestas disímiles para justiciables que se encuentran en idénticas condiciones fácticas o jurídicas.