

TESIS:

■ **EL EFECTO DEVOLUTIVO EN EL
RECURSO DE APELACION.**

**IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS
JURIDICAS ■.**

JUAN PABLO GONZALEZ MOLINA

Tesis
G643ed
1992
c.1



1992

25526





T E S I S

EL EFECTO DEVOLUTIVO EN EL RECURSO DE APELACION.

IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS

INTRODUCCION

El Trabajo que presentamos a continuación tiene por objeto hacer un estudio particular del efecto devolutivo en el Recurso de Apelación.

La apelación es el principal recurso procesal que posibilita la revisión de la decisión judicial por un tribunal superior, el que tendrá facultades para conocer cuestiones de hecho y de derecho, y conforme al análisis que de ellos haga, podrá enmendar con arreglo a derecho la decisión del inferior.

Notificado la sentencia de primera instancia, la parte agraviada por ella tiene, dentro de los límites que la ley le confiere, poderes de impugnación destinados a promover la revisión de la resolución y su eventual modificación. Como decía Ulpiano " Appellandi usus... necessarius est quum iniquitatem iudicatum, vel imperitiat corrigat ". Esta proposición referente a la apelación, también es extensiva para el resto de los recursos procesales.

El efecto devolutivo es el efecto esencial de la apelación sin el cual ella no existe, por cuanto tiene por objeto el otorgar la competencia al tribunal superior para que conozca del recurso y enmiende o modifique, con arreglo a

derecho, la resolución de primera instancia. No se concibe pues, una apelación sin efecto devolutivo.

No obstante, como en virtud de la concesión del recurso en el solo efecto devolutivo se genera una doble competencia -la del tribunal superior que conoce del recurso y la del tribunal inferior que no se le ha suspendido su competencia por la concesión de la apelación en esta forma-, es posible que se produzca una situación no poco frecuente - aunque ahora en virtud de la reforma de la Ley 18.705 que introdujo la orden de no innovar en la apelación se hizo menos frecuente como veremos-, cual es que el tribunal de alzada acoja el recurso de apelación y, por ende, modifique o enmiende la resolución del inferior, la que ya había sido ejecutada por el tribunal de primera instancia, produciéndose en tal caso un retroceso de todo lo obrado en el juicio hasta el instante mismo de la interposición del recurso. Tal es el tema que nos ocupará en las próximas líneas, para lo cual antes de entrar de lleno a su tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial, haremos un análisis de la institución procesal de la apelación, a través de un capítulo que hemos denominado " **Cuestiones preliminares**", el que versa sobre el estado de las resoluciones judiciales y su vinculación con los recursos, con el objeto de determinar en qué casos precisos se puede hacer procedente un recurso; el concepto general de Recurso Judicial y especialmente el de Recurso de Apelación, analizándolo en su verdadera dimensión. Asimismo, se ha incluido en este capítulo preliminar, el estudio del concepto de instancia judicial, lo que es

pertinente tratarlo aquí, puesto que es propiamente la apelación la llave que abre la puerta a la segunda instancia; y por último, se han enunciado las normas legales de procedimiento que regulan la apelación en materia civil.

En el capítulo II, se ha entrado derechamente en el tema que nos preocupa, al que hemos denominado **Planteamiento del Problema**, el que ha contemplado el análisis de la concesión del Recurso de Apelación, y fundamentalmente, la importancia y consecuencias jurídicas de la concesión de la apelación en el solo efecto devolutivo - piedra angular de la institución de la apelación- y su relación con las resoluciones judiciales apelables y su cumplimiento. También se ha incluido en este capítulo el estudio de la denominada "orden de no innovar", institución procesal que viene del Recurso de Hecho y que ha sido introducida en la apelación por reforma al Código de Procedimiento Civil de la Ley 18.705 de 24 de Mayo de 1988. También hemos dedicado parte importante de este capítulo a la opinión de la doctrina nacional, la que ha venido en denominar la situación producida con la concesión de la apelación en el solo efecto devolutivo como la " **competencia provisional o condicional** " del tribunal de primera instancia, y además, hemos considerado la opinión de la doctrina extranjera que se ha preocupado de este tema, en general, al tratar de determinar la **naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a impugnación**, toda vez que lo que el Tribunal inferior puede decidir y ejecutar pendiente el recurso, puede ser en definitiva dejado sin efecto si se acoge el recurso. Asimismo, hemos dedicado en este

capítulo algunas líneas acerca del **desasimio del tribunal**, efecto que sólo producen en nuestro Derecho Procesal las resoluciones judiciales que tienen el carácter de sentencia definitiva y sentencia interlocutoria. Al concluir este capítulo central, hemos incluido la situación medular dentro del tema del efecto devolutivo del Recurso de Apelación, cual es la ejecución del fallo ante el tribunal de primera instancia y el conflicto que se produce con la resolución del tribunal de segunda instancia que ha acogido el recurso de apelación, no sólo en cuanto a qué sucede en el procedimiento, sino también en cuanto a los terceros que de cualquier manera han entrado a relacionarse jurídicamente con las partes del juicio y en favor de los cuales se han constituido derechos, y que habrán de ser afectados - en alguna medida- por lo que acontece en el procedimiento, dado que sus derechos se constituyeron sobre la base de una situación preestablecida por una decisión judicial, la que fué posteriormente enmendada por el tribunal de alzada que acogió el recurso.

Al finalizar nuestro trabajo, hemos destinado un capítulo especial para presentar la escasa jurisprudencia que nuestros más altos tribunales han pronunciado sobre el particular, como asimismo hemos intentado comentar jurídicamente dichos fallos que, en nuestro concepto, han optado por la solución en derecho acertada.

De ninguna manera este modesto trabajo pretende clausurar el estudio del tema y el debate jurídico que se ha suscitado en torno a él, sino más bien impulsar y motivar a partir de

él a estudiosos del Derecho Procesal a seguir investigando y a hacer mejores aportes a esta rama del Derecho que ha dejado ya de ser reducida a la categoría de derecho adjetivo o formal, para pasar a ser considerada una disciplina autónoma de la Ciencia del Derecho que estudia la naturaleza,desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado " el proceso ", y que si bien es instrumental en la medida que sirve de medio para hacer eficaz las normas sustantivas, tiene instituciones propias que le dan el carácter de Ciencia Jurídica Procesal.

CAPITULO I.-

CUESTIONES PRELIMINARES

A.- El estado de las resoluciones judiciales y su vinculación con los recursos.

Al tribunal, incumbe, fundamentalmente, decidir el conflicto de intereses que le es sometido a su conocimiento. Pero no es ésta su única actividad, ya que para llegar a la decisión es necesario recorrer distintas etapas dentro del proceso: para ello pronuncia o realiza actos jurídicos procesales de decisión, dirigidos a resolver el proceso, sus incidencias o asegurar el impulso procesal que se conocen como resoluciones judiciales.

Estas resoluciones judiciales pueden encontrarse en distintos estados procesales en cuanto a la posibilidad de cumplirse, siendo ellos los siguientes:

- a) Resolución pendiente.
- b) Resolución que causa ejecutoria.
- c) Resolución ejecutoriada.

RESOLUCION PENDIENTE: es aquella resolución judicial que no puede cumplirse por existir recursos pendientes en su contra ora porque no han sido fallados ora porque todavía no han vencido los plazos para interponer los recursos pertinentes.

RESOLUCION QUE CAUSA EJECUTORIA: es aquella que puede cumplirse a pesar de que existen recursos pendientes en su contra y que aún no han sido fallados. Esta es la califica-

ción que se le atribuye a una resolución judicial que ha sido objeto del recurso de apelación, cuando éste se ha concedido en el sólo efecto devolutivo, por cuanto en este caso, el tribunal superior conoce del recurso interpuesto, mientras que el inferior sigue conociendo del proceso y del cumplimiento de la resolución impugnada (art. 192 C.P.C.). También es el caso del Recurso de Casación, que por regla general por su sola interposición no suspende el cumplimiento de la resolución judicial que ha sido objeto del recurso (art. 774 C.P.C.).

RESOLUCION EJECUTORIADA: este estado de las resoluciones judiciales se determina a partir del concepto que de ella da el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, que distingue para tales efectos entre las siguientes situaciones: a) Si en contra de la resolución no procede recurso alguno, ésta se encuentra firme o ejecutoriada desde que se notifica a las partes.

b) Si en contra de la resolución proceden recursos, se subdistingue entre:

b.1) Si se interpusieron esos recursos, la resolución se encuentra ejecutoriada desde que se notifica a las partes el decreto que las manda cumplir; y,

b.2) Si no se interpusieron esos recursos, la resolución se encuentra ejecutoriada desde que han transcurrido los plazos de que disponían las partes para interponerlos. En el caso de las sentencias definitivas, según la Ley, se requiere el certificado del Secretario del Tribunal que exprese la circunstancia de estar ejecutoriada, y a partir de éste

certificado que se estampa a continuación del fallo, éste queda firme o ejecutoriado sin más trámite. No obstante ello, la mayoría de los autores estima que tal exigencia es sólo un acto de homologación, y que la sentencia se encuentra ejecutoriada **desde que han precluido los medios de impugnación, ordinarios y extraordinarios**, oportunidad en que el acto procesal alcanza la categoría de cosa juzgada.

De lo dicho anteriormente, se desprende que los recursos judiciales se hacen procedentes, y en consecuencia, pueden interponerse válidamente, desde que la resolución judicial objeto del recurso se encuentre **pendiente**, esto es, desde que se ha notificado a las partes y han comenzado a correr los plazos legales para su interposición. También se concluye que si una resolución está firme o ejecutoriada, ya no existe la posibilidad de interponer un recurso judicial, dado que los interpuestos se han fallado y por lo tanto ha operado la preclusión, por haberse ejercido válidamente una vez la facultad; o porque han transcurrido los plazos legales para deducirlos, y por lo tanto ha operado la preclusión por no haberse observado el orden legal para el ejercicio de la facultad.

B.- RECURSO JUDICIAL

La Constitución Política del Estado y las normas de nuestro Código Orgánico de Tribunales consagran la independencia de los magistrados llamados a administrar justicia respecto a los demás órganos o funciones del Estado, lo

mismo que la íntima libertad en el desempeño de su propia función sin otra sujeción que el imperio de la Ley. Si a estas seguridades se añaden todavía la inamovilidad de los jueces, los requisitos exigidos a su capacidad en su nombramiento y las prerrogativas que acompañan el noble y trascendental ejercicio de su ministerio, se llega a comprender que las resoluciones judiciales representan el sagrado atributo del derecho, la verdad y la justicia en última instancia. Pero como la infalibilidad no es propiamente atributo de los hombres ni de los jueces que forman parte de la humanidad, resulta forzoso reconocer que, a pesar de todo, una resolución judicial puede siempre adolecer de errores o extralimitaciones que hacen necesario y procedente someterla a un nuevo examen o revisión, sea por el propio tribunal, sea por otro de superior jerarquía, con el fin de devolverle su prestigio y reparar al litigante afectado por ella el daño así sufrido¹.

Por ello es que los recursos procesales son de diversa naturaleza y persiguen objetivos diferentes, aunque todos coinciden en un **agravio** que se supone inferido a la parte recurrente, esto es, "la supuesta lesión que ella observa en su derecho con motivo de cualquiera disconformidad entre las pretensiones suyas y la desfavorable consideración de las mismas dentro de la resolución atacada"².

1. Anabalón Sanderson, Carlos: " Tratado Práctico de Derecho Procesal".v.3, Cap.I, pág 7

2. Contreras Muñoz, Carlos: "Antecedentes Históricos del Recurso de apelación". Memoria 1987. U. de Chile, pág.9

Por esta razón, se hace menester el examinar en profundidad una resolución judicial, para contrastarla con las pretensiones jurídicas de la parte litigante. Se exceptúan de este agravio subjetivo o personal, aquellos recursos que pudieren deducir, cuando figuren como parte en el pleito, los Oficiales del Ministerio Público y los Defensores Públicos, en que el concepto de agravio es tomado más bien en un sentido objetivo o abstracto.

Es así como teniendo en cuenta lo expresado precedentemente, es que podemos dar un concepto de recurso judicial.

En términos generales, se le llama recurso judicial a los medios que la Ley concede a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para que por la vía de un acto procesal la impugne, y así obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto.

En concepto del célebre tratadista Hernando Devís Echandía¹, recurso es " la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la **revise** con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (in iudicando e in procedendo) que en ella se hayan cometido, es decir, de que rectifique sus conceptos ". Agrega que " si los vicios de procedimiento son de tal naturaleza que la Ley los eleva a causal de nulidad, su saneamiento no se obtiene con la interposición de recursos, sino solicitando

1.Devís Echandía, Hernando:"Nociones Generales de Derecho Procesal Civil", Edit. Aguilar S.A., Madrid, 1966,pág. 664

que se declare la nulidad de la actuación cumplida, desde el acto viciado en adelante, a menos que afecten únicamente el acto sujeto a recursos, por que entonces puede conseguirse con estos su revocación y de esta manera ser innecesaria su anulación ".

Etimológicamente, la expresión " recurso " viene de la palabra latina " recurrere " que significa acudir a un juez o autoridad con una demanda o petición.

Couture, por su parte, expresa que la voz recurso quiere decir literalmente regreso al punto de partida. " Es un recorrer, correr de nuevo el camino ya hecho ". Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia como el medio de impugnación por virtud de la cual se re-corre el proceso.

Pero, sea cual fuere la definición que de recurso se adopte, está claro que hay ciertos elementos que nunca deben faltar en la definición, que son:

- a) Objeto del recurso: El objeto es una resolución judicial. Ahora, lo que se pretenda de ella (su revocación, anulación, enmienda, etc.) dependerá de cada caso y del recurso que se intente.
- b) Tribunal que dictó la resolución recurrida.
- c) Tribunal que se pronunciará sobre el recurso, que puede ser el mismo que dictó la resolución, como es lo que sucede con los denominados recursos de retractación.
- d) Un interesado, que corresponderá a la parte litigante que ha sufrido un daño con la dictación de la resolución que se pretende impugnar.

e) La dictación de una nueva resolución, cuyo objeto dependerá del recurso deducido.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con esta denominación genérica de recurso. Así, el tratadista italiano Piero Calamandrei utiliza la expresión " derecho de gravamen" para referirse a los recursos, al que define como " el derecho potestativo existente por sí e independientemente de la existencia de un vicio en la sentencia". Agrega que " el derecho de gravamen es el derecho de obtener una nueva decisión sobre una relación jurídica ya decidida por primera vez ". Para Couture, en cambio, los recursos son genéricamente " medios de impugnación de los actos procesales ".

El concepto de impugnación es genérico y comprende todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso, sea en el curso del mismo o por otro posterior; el concepto de recurso es específico y comprende una clase especial de impugnaciones contra los errores del juez en un acto determinado, y tiene aplicación sólo dentro del mismo proceso. Por consiguiente, las llamadas revisiones de la sentencia ejecutoriada mediante un nuevo proceso no son recursos.

La **impugnación** realizada a solicitud de parte interesada, puede perseguir diversas finalidades u objetivos, los cuales variarán de acuerdo a la naturaleza del recurso: Los objetivos más importantes que se pretenden con los recursos son:

1.- La nulidad de la resolución: aquí la impugnación

persigue obtener una sanción de ineficacia. Tal es el caso de los recursos de Casación, tanto en la forma como en el Fondo.

2.- La enmienda de una resolución: Puede consistir en una modificación total o parcial de la resolución. Tal es el objetivo que persiguen los Recursos de Apelación y de Reposición.

3.- Otras finalidades según la naturaleza del Recurso. Así por el ejemplo el Recurso de Queja, que se dirige en contra de un juez o jueces que han dictado una resolución judicial con falta o abuso, persigue que el tribunal adopte las medidas conducentes a poner pronto remedio al mal que motiva el Recurso.

El efecto inicial del recurso interpuesto oportunamente y en debida forma es el de impedir la vigencia del acto del juez, a menos que la Ley autorice a proponerlo en el efecto devolutivo (para que se cumpla y se mantenga como vigente mientras el superior no lo revoque). Su efecto final es la rectificación o confirmación de dicho acto¹.

En cuanto al derecho de recurrir, puede decirse que es uno de los varios que surgen de la relación jurídico-procesal y cuya naturaleza es estrictamente procesal. Este " derecho a recurrir " dice relación con el derecho de acción, aunque no significa que el recurso sea un medio de continuar el ejercicio de la acción, porque la acción se ejercita en la demanda a cabalidad, y el proceso, con toda su secuela es

1.Devís Echandía, Hernando: ob.cit. pág.665

un efecto de aquella. Puede decirse más bien que **con el recurso se prolongan los efectos de la acción**, cuando se trate de apelación contra la sentencia de primera instancia o de casación contra la de segunda o del extraordinario de revisión en el mismo proceso. Por eso es un medio de impugnación de las resoluciones judiciales y un derecho subjetivo y abstracto del litigante. Subjetivo, por cuanto es un derecho de quienes intervienen como partes en el proceso y que es ejercido mediante un acto jurídico procesal. Y abstracto, similar al de acción, de naturaleza procesal, porque no garantiza el pronunciamiento de una sentencia favorable al recurrente, sino la revisión por el superior para una nueva sentencia o providencia de otra clase, según el caso. De ahí que, por regla general, no se produce la segunda instancia ni la casación y tampoco la intervención del juez ad quem para la revisión de las providencias distintas de las sentencias, sin la interposición de un recurso por la parte perjudicada con esa resolución.

Sin embargo, no existe una obligación o deber de recurrir. Mas, la ausencia de un recurso que era procedente, puede llegar a producir una cosa juzgada errada, pero inmodificable, o a la pérdida de una oportunidad procesal para hacer valer un derecho o probarlo, o a algún otro perjuicio semejante. Por eso es que hay quienes hablan de la carga procesal de recurrir similar a la carga de la prueba, en que el cumplimiento de la carga por parte de quien tiene el deber de soportarla cede en su propio beneficio.

Por último, puede concluirse que el recurso judicial es un acto procesal exclusivo de los litigantes, como el proveimiento lo es del juez; no se concibe a aquéllos proveyendo ni a éste interponiendo recursos. Cuando la Ley impone la consulta forzosa y oficiosa ante el Superior, el juez no está recurriendo, sino dándole aplicación a un trámite procesal preestablecido y obligatorio. El recurso además, es un acto del proceso, y con ello se descarta la pertinencia de hablar de recurso cuando se trata de iniciar un nuevo proceso, como cuando se pide la revisión de una sentencia o se recurre de habeas corpus. Además, resulta impropio hablar de juicio de apelación como se le denomina en el derecho italiano, porque se trata de etapas dentro de un mismo juicio o de instancias en un solo proceso. Su objeto es el obtener la revisión de las resoluciones judiciales, para que se corrijan los errores que en ellas se hayan cometido y que perjudican al recurrente, dentro de los límites que la Ley fija según la clase de recurso, según la persona que lo interpone y el juez que lo resuelve. De ahí que Goldschmidt señale que el fundamento del recurso está en la existencia de un gravamen que la resolución causa al litigante¹. Puede aceptarse como norma que sin **interés** no hay válidamente recurso y es por eso que una persona puede ser parte en el juicio y carecer de interés para recurrir de determinada providencia, porque ningún perjuicio recibe con

1. Goldschmidt, Jaime: "Derecho Procesal civil", Barcelona 1936, pág. 339

ella, como sucede respecto de la parte cuyas peticiones u oposiciones fueron totalmente acogidas o cuando se rechaza alguna petición de una de las partes respecto de las demás ajenas a ella. De ahí que pueda concluirse acertadamente que " donde no hay gravamen no hay interés para recurrir ni derecho a hacerlo ". Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en juicio, pero concreto y actual respecto del asunto materia de la resolución de la cual se pretende recurrir.

EL RECURSO DE APELACION

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término apelación como " aquel recurso que se entabla a fin de que una resolución sea revocada total o parcialmente por un tribunal o autoridad superior al que la dictó".

Etimológicamente, la expresión apelación viene del vocablo latino " appellatio " que significa llamado, petición extrema, y cuya raíz es " apello " o " appellare " que quiere decir llamar, citar.

En el Derecho Romano donde el llamamiento a juicio se expresaba " vocatio in ius ", la apelación tomó el nombre correlativo de " provocatio ", provocación. Dado que la expresión " vocatio ", que viene de " vox " (voz) y del verbo "voco" "vocare", la voz provocatio significa literalmente citación o llamamiento. Claro es que provocatio

es sinónimo además de las voces referidas appellatio, appellationis, y cuya raíz es apello, appellare que significa llamar¹.

En el Derecho Chileno, al igual que en el resto de los Derechos Occidentales, se ha acogido y mantenido sin reservas la expresión "apelación", aunque a menudo se utiliza el término "alzada" para aludir al mismo recurso y al tribunal que conoce de él.

Nuestro legislador procesal se ha limitado casi exclusivamente a señalar sus efectos, por una parte, y por la otra, a señalar la competencia del tribunal superior que conocerá del recurso, quedándose en el intento de dar una definición al decir que "el recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior" (artículo 186 del C.P.C.)

La Excma. Corte Suprema sobre el particular ha señalado que "la Apelación no tiene por objeto invalidar las resoluciones judiciales, sino que enmendarlas", agregando que el tribunal superior al conocer del recurso no puede pronunciarse sobre nuevas peticiones de fondo que no hayan sido materia del juicio en primera instancia.

De los conceptos que en doctrina se han señalado de recurso de apelación, podemos decir que todos ellos concuerdan que la apelación es "un recurso judicial concedido por la Ley a aquella parte que se siente perjudicada por la

1. Contreras Muñoz, Carlos: ob. cit. pág. 5

dictación de una resolución judicial y que le permitirá ocurrir al tribunal superior de aquel que pronunció la resolución agravatoria con el objeto de que este último la revoque o enmiende, y en ambos casos dicte una nueva resolución con arreglo a derecho".

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido que "cualquiera de las causales por las cuales proceden los recursos extraordinarios constituyen causal de apelación" y que " cualquiera infracción de Ley, aplicación equivocada de la misma o apreciación errónea de los hechos o de las pruebas, que no constituya causal de casación o Revisión, sea por la naturaleza de la resolución o por no reunirse todos los requisitos necesarios, sólo pueden reclamarse mediante la apelación" (R.D.J. tomo XXIV, 2ª parte, Secc.1ª, pág. 33)

En consecuencia, puede decirse que la apelación es un recurso ordinario que se interpone ante el tribunal que dictó la resolución de que se recurre y que resolviendo sobre su concesión, lo otorga, debiendo elevar los antecedentes ante el tribunal superior jerárquico para que éste realice una revisión completa de todas las cuestiones de hecho y de derecho que las partes han promovido antes, pero sólo a lo que han limitado ellas mismas.

La causal que motiva el recurso es el **agravio o perjuicio** que le produce al apelante la resolución de la que se recurre, al no resolver conforme a lo pretendido por esa parte, y su objeto principal es que el superior jerárquico de aquel que dictó la resolución la enmiende o reemplace

conforme a derecho.

De lo dicho, se desprende que la decisión del tribunal superior llamado a conocer del recurso puede ser:

- a) Confirmatoria: esto es, confirmar la resolución dictada por el tribunal inferior, no acogiendo los fundamentos y peticiones concretas esgrimidas por el apelante recurrente.
- b) Modificatoria: aquí el tribunal superior acoge en parte el recurso, al introducir adiciones o efectuar supresiones a la resolución de primera instancia, reemplazándola, por lo tanto, parcialmente.
- c) Revocatoria: esto es, el tribunal acoge íntegramente el recurso, haciendo suyos los fundamentos invocados por el apelante, y deja sin efecto la resolución recurrida al reemplazarla por una nueva que se conforme a derecho.

La apelación posee dos características generales la que denotan su gran importancia:

1.- En primer término, la apelación es **un recurso ordinario** que la Ley concede a todo litigante que resulta agraviado por una resolución judicial al no acoger en todo o en parte sus pretensiones, sea cual fuere la naturaleza de este agravio inferido por la resolución judicial que se pretende impugnar por la vía de la apelación, salvo los casos exceptuados de manera expresa por el legislador. En consecuencia, puede apelar no sólo la parte vencida, sino también la vencedora cuando no obtiene todo lo pedido y a que se cree con derecho.

2.- En segundo término, es un recurso llamado de **reforma**, ya que si bien se interpone ante el mismo tribunal que dictó la

resolución agravatoria, su objeto es ocurrir a un tribunal superior distinto de aquél para que este último la reforme, reparando así el agravio ocasionado.

Así, una resolución en que se accediere lisa y llanamente a las peticiones de una de las partes, no podría ser recurrida de apelación por esa parte, por más que la Ley conceda el recurso en contra de ella (Gac.de los T. 1911, 1er. Sem.,S. 241, pág.441)

Si la resolución consta de varios extremos, será apelable tanto por el vencedor como por el vencido si aquéllos gravan a uno y otro. También en ese caso - cuando la resolución comprende varios puntos o extremos- el apelante puede impugnarlos todos o sólo algunos, lo que tiene importancia para los efectos de determinar la extensión del efecto devolutivo, como más adelante se verá¹.

De sus características puede predicarse, en general, son las siguientes:

1.- Se interpone ante el mismo tribunal que dictó la resolución para ser fallado por el superior jerárquico respectivo.

2.- Constituye una segunda instancia, porque en ella el superior jerárquico que conoce del recurso y lo falla revisa de nuevo todas las cuestiones de hecho y de derecho que las partes hayan promovido en la primera instancia. Además, por regla general, la interposición del recurso de apelación

1.Cofré M., Carlos: " Los Recursos Legales.Recurso de apelación y de hecho". Memoria 1928. Santiago.

hace posible la procedencia posterior del recurso extraordinario de Casación en el fondo.

3.- Su causa originaria es el **agravio** que el fallo infiere a cualquiera de las partes, concepto que para determinarlo habrá de examinarse, por una parte, la resolución de la que se va a recurrir de apelación, y por la otra, la pretensión jurídica hecha valer por el apelante en el juicio. En concepto de Couture, "el agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral. El litigante a quien la sentencia perjudica afirma que ésta le infiere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar agravios es pues, la apelación. Entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio"¹.

El Recurso de Apelación y el concepto de instancia

En su acepción común, instancia significa requerimiento, petitorio, solicitud. Es así como por ejemplo, se habla de que los actos procesales se realizan de oficio por el tribunal, si a éste le corresponde la iniciativa, o a instancia de parte, cuando existe requerimiento de alguno de los interesados en el juicio.

En el Derecho comparado se utiliza el concepto de

1. Couture, Eduardo: "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Edic. Depalma, Buenos Aires, 11ª Edic. 1978, & 213, pág. 346

instancia como sinónimo de ejercicio de la acción procesal ante el mismo juez. Así por ejemplo se la define en el Código de Procedimiento Uruguayo y en el homólogo de Ecuador. En estos términos se significa que instancia es acción, movimiento, impulso procesal.

Pero en la acepción técnica-procesal del vocablo que nos ocupa, " instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte". Se habla entonces de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia¹.

La instancia así concebida, como grado de conocimiento en los hechos y en el derecho en que se desenvuelve el proceso, tiene el carácter de orden público. A su respecto se ha predicado, además, las siguientes características:

- a) Las partes no pueden someter la decisión de un asunto a un tribunal de segunda instancia renunciando a la primera, aunque la jurisprudencia francesa ha aceptado esta renuncia.
- b) No es posible entregar el conocimiento y decisión de un Recurso de Apelación a un tribunal de primera instancia.
- c) Una vez fallado un asunto en segunda instancia no pueden las partes someterlo a una nueva revisión.
- d) No pueden las partes llevar a un tribunal de apelación

1. Couture, Eduardo: ob. cit. IIª, cap. I, pág.169

una resolución judicial que según la Ley no admite este recurso¹.

El proceso se desenvuelve pues en instancias o grados de conocimiento. Una instancia sucede a la otra o precede a la otra, y no es concebible una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera.

Así pues, la relación que existe entre el proceso y la instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo; la instancia es un fragmento o parte del proceso. Lo anterior no obsta a que en ocasiones la instancia pueda constituir por sí sola todo el proceso: es lo que sucede en los juicios de única instancia, en que esta última y proceso se confunden. Aún en los juicios de instancia múltiple, la instancia constituye todo el proceso si el vencido renuncia a interponer el recurso de apelación.

La instancia tiene una estructura o composición propia, que difiere entre la primera y la segunda instancia. La primera se caracteriza por la amplitud y profundidad del debate jurídico y de recepción de los materiales de conocimiento. La segunda que tiene lugar en virtud del recurso de apelación, se circunscribe a lo requerido por la revisión de la sentencia apelada.

El recurso de apelación es, pues, el medio o instrumento legal en virtud del cual se promueve y se da movimiento a la segunda instancia. En otros términos, la apelación es la

1. Cofré M. Carlos: ob. cit. pág. 13; González S., Alfredo: "Del recurso de apelación, del adherimiento y del recurso de hecho". Memoria 1929, pág. 33

llave que abre la puerta a la segunda instancia.

Sin embargo, uno de los problemas de política procesal que durante mucho tiempo ha requerido la atención de los reformadores de este campo del Derecho, es el relativo a la unidad o pluralidad de las instancias o grados de conocimiento en el proceso.

Primitivamente, no se concibió la pluralidad de instancias. El fallo era considerado una manifestación de la divinidad, por lo que no podía existir un juez superior que revisara o revocara sus decisiones. Pero más adelante, a medida que el proceso se fue vinculando al orden estatal y la justicia pasa a ser una función indelegable del Estado, se va advirtiendo la conveniencia de proteger a las partes del error o arbitrariedad judicial.

En su desarrollo actual, el problema se plantea como un poder o facultad de revisión de parte de los órganos superiores de la jurisdicción respecto de las resoluciones pronunciadas por los inferiores, con el fin de corregir los errores u omisiones en que se ha incurrido en la apreciación de los hechos o en la aplicación del Derecho.

"La primera instancia debe ser siempre destinada a recoger las pretensiones expuestas por las partes y los materiales de prueba requeridos para la decisión. La tendencia actual es a confiar a un juez unipersonal la tarea de recoger esos materiales. Un cuerpo colegiado es por su propia composición menos apto para realizar ese cometido. Pero en cambio, el juez unipersonal ofrece menos garantías en la decisión; y de aquí surge la necesidad de no dar a ese

órgano unipersonal los plenos poderes de decisión única e irrevocable, sobre la conducción del procedimiento o la decisión del asunto¹.

La segunda instancia constituye siempre una garantía para el justiciable, por cuanto lo resuelto es revisado por segunda vez por un tribunal colegiado más versado en cuestiones de derecho. La segunda instancia constituye así, un predominio de la razón sobre la autoridad. Lo que la técnica legislativa procesal debe asegurar es que el proceso de revisión en segunda instancia se realice con el menor desgaste posible para la función jurisdiccional. A ello tiende la pretensión de reducir los límites de la apelación sólo a la necesaria revisión de lo debatido en la primera instancia.

El tema de la segunda instancia se plantea al legislador como un dilema entre el principio de Economía Procesal y el de Justicia en la Decisión: "ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia"².

En favor de la apelación la doctrina ha enunciado diversas razones, de las cuales extraeremos las siguientes:
a) Por el recurso de apelación se hace posible que jueces superiores en jerarquía puedan enmendar con arreglo a Derecho los agravios que los inferiores causen en el pronunciamiento de sus resoluciones.

1. Couture, Eduardo: ob. cit. pág.172

2. Idem.

b) Las partes, mediante la apelación, pueden salvar o enmendar las omisiones o defectos que hayan incurrido en la formulación de sus pretensiones y presentación de sus alegaciones durante la primera instancia, sea por impericia, ignorancia o negligencia.

c) La existencia del recurso de apelación permite a los jueces de primera instancia su esmeración en no cometer injusticias ni causar agravios a las partes, por cuanto saben que sus fallos pueden ser revisados y modificados por tribunales superiores.

d) La doble revisión de la cuestión controvertida hace posible que el fallo dictado por jueces superiores, que pueden tener mayor preparación y mejor criterio que los inferiores, se ajuste más a la verdad.

No obstante, existe también la opinión contraria en la doctrina, habiendo autores que se manifiestan partidarios de la única instancia, en atención a los siguientes argumentos:

a) Tanto el juez de primera instancia como los de segunda pueden cometer errores e injusticias.

b) Si se estima que la segunda instancia permite acercarse más a la verdad que la primera, por qué no se establece una pluralidad de instancias mayor que dos.

c) Si los jueces de primera instancia no ofrecen garantías suficientes de preparación y rectitud y los de segunda sí las ofrecen, debería entregarse el conocimiento de los asuntos directamente a éstos que son mejores jueces.

d) La peregrinación por dos instancias, apareciendo enteramente inútil la primera, hace incurrir en un mayor

desembolso innecesario a las partes y en una ostensible pérdida de tiempo.

e) Si se considera a la segunda instancia como una etapa normal del juicio, la primera constituye sólo un estado provisorio del mismo y es pernicioso otorgar a las partes la posibilidad de corregir los errores que con un poco de diligencia se han podido evitar.

f) Si los fallos con que terminan las dos instancias son contradictorios, se resta autoridad a la cosa juzgada, pues las partes dudarán acerca de cuál de las dos resoluciones es la justa.

No obstante lo valedero que son estas afirmaciones, el recurso de apelación ha sido reconocido como una institución necesaria y eficaz, no sólo en doctrina sino también por la aceptación universal que tiene en la legislación de todos los Estados. Si bien es cierto que el sistema de la doble instancia presenta graves inconvenientes que afectan principalmente al principio de la economía procesal y al de gratuidad de la justicia, no es menos cierto que las ventajas que la apelación ofrece otorgan a aquéllas el carácter de males necesarios.

Por último, coincidimos con la opinión de la doctrina en cuanto al decir que una segunda revisión del juicio hecha por jueces de una mayor versación jurídica y experiencia y en virtud de un procedimiento más simple, hace que las partes se sientan más protegidas en sus derechos, y existe un interés público evidente en que los órganos encargados de hacer justicia propendan a mantener el orden y la paz social

garantizando los derechos de los particulares¹.

Disposiciones legales que regulan el recurso de apelación

El Recurso de apelación en el Derecho Chileno está regulado en los Códigos de Procedimiento. En materia Civil, se le trata orgánicamente en el Libro I título XVIII denominado " De la Apelación", artículos 186 a 230 del Código de Procedimiento Civil, en el que se contienen disposiciones relativas al objeto del Recurso de apelación, resoluciones judiciales apelables, la interposición del recurso -requisitos y plazos-, forma en que se interpone, efectos, tramitación del recurso -en primera instancia y ante el tribunal de alzada, comparecencia de las partes, vista de la causa, adhesión a la apelación y forma de adherirse, prueba e incidentes en la segunda instancia y a las formas en que puede terminar la apelación: el fallo del recurso, la deserción, el desistimiento y la prescripción.

En materia penal, se le trata en forma inorgánica, pues si bien el título VIII del Libro II IIª Parte, artículos 510 al 532 del Código de Procedimiento Penal trata de la apelación de la sentencia definitiva, existen otras disposiciones que lo regulan, principalmente respecto de resoluciones judiciales diversas a la sentencia definitiva, las que se contienen, por ejemplo, en los títulos referidos a las disposiciones generales relativas al juicio criminal,

1.Espinoza Solís de Ovando, Alejandro: "De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil", Edit. Jdca. Chile, 6ª Edic. 1985, Cap. IV, Secc. 1ª, pág.18

en la libertad provisional y en el sobreseimiento.

CAPITULO II:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A.- Efectos en que se concede el recurso de apelación

De los artículos 191 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se deduce que el recurso de apelación puede producir dos efectos, que se denominan **devolutivo** y **suspensivo**. Dijimos "puede producir" dos efectos, por cuanto sólo uno de ellos - el devolutivo- es de la esencia del recurso de apelación y no puede faltar jamás, de tal modo que no se concibe apelación sin efecto devolutivo. En cambio, el efecto suspensivo no reviste dicho carácter esencial, siendo más bien un complemento de aquél, habiendo en consecuencia casos en que el recurso de apelación no produce este efecto (a pesar de que aparentemente constituye la regla, como veremos).

La apelación no produce sus efectos - o uno de ellos- por el hecho de la interposición del recurso por el apelante, sino en virtud de la resolución del tribunal inferior que lo concede. Es este tribunal que, resolviendo con arreglo a la ley, se pronuncia acerca de si es admisible el recurso, declarando a la vez - en la hipótesis afirmativa- si admite el recurso en ambos efectos -devolutivo y suspensivo- o en

uno solo¹.

La distinción entre el efecto devolutivo y el suspensivo proviene del Derecho Canónico, según el cual la apelación es devolutiva por esencia y suspensiva por naturaleza². Ello no ocurría en el Derecho Romano, puesto que la jurisdicción residía en el Príncipe y los jueces la ejercían como delegados suyos, de tal manera que teniendo por objeto la apelación reparar los agravios que la sentencia ocasionaba al apelante, la interposición del recurso impedía su cumplimiento porque la jurisdicción del juez quedaba en **suspense** al devolverla al Príncipe en cuyo nombre la ejercía. Más tarde, el Derecho Canónico, advirtiendo que en ciertos casos de urgencia la suspensión del cumplimiento de la sentencia podría ocasionar perjuicios irreparables, como en la prestación de alimentos, mandó que en ellos se devolviera la jurisdicción sin suspenderse la ejecución. Desde entonces, la apelación fue devolutiva por esencia y suspensiva por naturaleza, de tal manera que el efecto suspensivo no puede existir por sí solo, sino que lleva tras de sí el devolutivo.

De todas maneras, hemos de dejar en claro que el recurso de apelación no sobrevive ni convierte al tribunal superior como competente para conocer en segunda instancia del respectivo negocio, sino mediante su concesión por el

1. Manresa y Navarro, José María: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal". v.2, pág. 236

2. López Moreno: "Principios Fundamentales del Procedimiento Civil y Criminal". v.2, pág. 236

inferior¹ y que según las reglas generales que informan los recursos procesales " el que promueve un recurso debe recurrir ante el juez que pronunció el fallo y para ante el superior a quien se encamina la petición con el objeto de que se enmiende con arreglo a derecho lo decidido por el inferior" y que la concesión del recurso es absolutamente necesaria para que el tribunal de alzada pueda poner en ejercicio su propia jurisdicción².

Nuestro Código fusiona los efectos suspensivo y devolutivo para referirse al primero, de tal modo que para la Ley la concesión de una apelación en el efecto suspensivo implica tanto éste como el devolutivo, y es por esto que habla de la concesión en " ambos efectos "; y entonces, el efecto devolutivo queda relegado a la concesión de "un solo efecto".

El Código de Procedimiento Civil no ha definido esos conceptos, desprendiéndose su explicación de sus disposiciones pertinentes.

" Por **efecto devolutivo** se entiende, a pesar del error en que puedan hacer incurrir las palabras, la remisión del fallo apelado al superior que está llamado, en el orden de la Ley, a conocer de él. No hay propiamente devolución, sino envío para la revisión. La jurisdicción se desplaza, en la especie concreta, del juez apelado al juez que debe interve-

1.Tal conclusión no se vé alterada en caso de que la concesión la acuerde el superior en defecto del inferior conociendo de un recurso de hecho. RDJ Tomo XII, Sept. Oct. 1915 Secc.1ª, pág.514

2.RDJ Tomo XXXV, Mayo y junio 1938, Sec.1ª, pág. 177

nir en la instancia superior "1.

En consecuencia, por el efecto devolutivo el tribunal inferior promueve en favor del tribunal superior la jurisdicción de segunda instancia que éste ejerce y que le permite así revisar la resolución recurrida.

Por "efecto suspensivo" de apelación se entiende el enervamiento provisional de los efectos de la resolución recurrida, una vez introducido el recurso de apelación.

Deducido el recurso de apelación, no sólo opera el envío al superior para la revisión de la sentencia, sino que también, como complemento necesario, sus efectos quedan detenidos. Según el precepto clásico " Apellatione pendente nihil innovandum" (pendiente la apelación en nada se puede innovar). Esta consecuencia fluye del carácter esencial de la segunda instancia: ésta es un procedimiento de revisión de lo que se ha decidido en la sentencia de primera instancia, por lo que lo natural sería que tal procedimiento sea previo a la ejecución y no posterior, cuando la sentencia se ha cumplido y sus efectos sean, acaso, irreparables².

Por lo tanto, en virtud del efecto suspensivo, el tribunal inferior se substraerá de su propia jurisdicción mientras el tribunal superior vuelve a ver y falla la cuestión apelada.

En concepto de la Ley procesal civil chilena, cuando la

1.Couture, Eduardo: ob. cit. pág.366

2.idem

apelación comprende "el solo efecto devolutivo", el tribunal inferior seguirá conociendo de la causa hasta su terminación, incluso la ejecución de la sentencia definitiva (art. 192 C.P.C.); en cambio, si la apelación comprende "ambos efectos" se suspende la jurisdicción (competencia) del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa (art.191 C.P.C.)

Otorgada, pues, la apelación en ambos efectos queda ipso facto en suspenso la competencia del tribunal inferior e impedido para continuar interviniendo en la cuestión dentro de la cual se interpuso el recurso. Se produce para dicho tribunal lo que se conoce como "**el desasimio**" del negocio actualmente sometido a su conocimiento, y es por esto que el respectivo proceso debe pasar original al tribunal superior para la revisión de la resolución apelada, y la remisión del proceso la hará aquél en el día siguiente al de la última notificación, conforme así lo dispone el artículo 198 del C.P.C. ¹

En concepto de Couture, el efecto suspensivo depara a la sentencia apelada la condición de expectativa. Pendiente el recurso, no es una sentencia sino un acto que puede devenir en sentencia: una mera situación jurídica a determinarse definitivamente por la conclusión que se admita en segunda instancia².

Sin embargo, el tribunal inferior recurrido aún

1. Anabalón Sanderson, Carlos: ob.cit.v.3, & 1286, pág.31

2. Couture, Eduardo: ob. cit. pág. 371

conservará su jurisdicción para entender en todos aquellos asuntos en que la Ley expresamente así lo disponga. A tales asuntos se refiere el inciso 2º del artículo 191 del C.P.C., y son de dos clases: a) Los propiamente dichos, o sea, las cuestiones que se tramitan en otros cuadernos, tal es la finalidad práctica de la formación de los cuadernos separados, de modo que la concesión en ambos efectos recaída en la causa principal no implica el desasimio o suspensión de la jurisdicción del tribunal recurrido para seguir conociendo en las cuestiones tramitadas aparte, y viceversa; y b) las gestiones a que dé origen la interposición misma del recurso hasta la efectiva elevación de los autos al tribunal superior, tales como el conocimiento y fallo de las solicitudes de las partes para constituir nuevos mandatarios, el adherimiento a la apelación, declarar desierta o prescrita la apelación antes de la remisión del expediente, acoger el desistimiento del recurso, etc. Junto con conocer de estos asuntos y gestiones, pueden además comprenderse aquellos de que conocen los tribunales en cualquier estado de la causa, como lo son por ejemplo el desistimiento de la demanda, el abandono del procedimiento, solicitud de medidas precautorias, etc.

Por lo visto, a pesar de que en virtud del efecto suspensivo se substraen la jurisdicción del inferior, su pasividad no es absoluta al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del C.P.C.; pero fuera de estos casos excepcionales, el tribunal inferior carece de toda

competencia tratándose de una apelación concedida en el efecto suspensivo, y todo lo obrado por él con posterioridad a la concesión del recurso adolecerá de nulidad a virtud de dicha incompetencia¹.

Vínculación del Recurso de Apelación con el recurso de hecho.

A propósito de la concesión del recurso de apelación, los jueces de primera instancia pueden ocasionar graves perjuicios a las partes litigantes restringiendo o ampliando sus efectos; así si procediendo el recurso en ambos efectos lo conceden en el solo efecto devolutivo, el apelante sufre un verdadero gravamen y por el contrario, cuando se admite en ambos efectos procediendo sólo en lo devolutivo, la parte apelada sufre el perjuicio consiguiente a la dilación que experimenta el cumplimiento de la sentencia.

Estas consideraciones indujeron al legislador a otorgar un recurso para subsanar estos inconvenientes; así el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil se ha puesto en el caso de que el Tribunal ya sea por negligencia o mala fé otorgue el Recurso de Apelación en un solo efecto debiendo concederlo en ambos, y para este efecto dispone que para estos casos la parte agraviada podrá pedir al Tribunal Superior que desde luego declare admitida la apelación en ambos efectos, sin perjuicio de que pueda solicitarse igual

1.RDJ Tomo XXVIII, 2ª parte, Secc.1ª, pág. 514; RDJ Tomo LVII, 2ª parte, Sec.1ª, pág. 420

declaración por vía de reposición del tribunal que concedió el recurso. Lo mismo se observará cuando se concede el recurso en ambos efectos debiendo concederse sólo en lo devolutivo y cuando la apelación concedida fuere improcedente. En este último caso, podrá también de oficio el tribunal superior declarar sin lugar el recurso: esta disposición del artículo 196 del C.P.C. tiene por objeto corregir los abusos que por parte del poder judicial pudieran cometerse en la concesión del recurso de apelación.

De lo dicho se desprende que de nada servirían las disposiciones legales que nos conceden el recurso de apelación si su concesión estuviere sujeta a la mera voluntad del juez; así, puede acontecer que el juez interpretando erróneamente o de mala fé la Ley no conceda dicho recurso siendo procedente con arreglo a la Ley, por lo que para subsanar estos inconvenientes el legislador estableció el recurso de hecho.

B.- Importancia y consecuencias jurídicas, en el procedimiento, de la concesión en el solo efecto devolutivo

b.1 En relación con las resoluciones judiciales apelables.

Son apelables, según lo establecen los artículos 187 y 188 del C.P.C., las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo que la Ley lo

niegue expresamente. Además, son apelables los autos y decretos, pero sólo cuando alteran la substanciación regular del procedimiento o cuando recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la Ley. En tal caso, la apelación debe ser interpuesta subsidiariamente a la reposición (recurso ordinario propio de esta clase de resoluciones judiciales), y sólo para el caso en que ella no sea acogida.

Como bien se sabe, este recurso puede ser concedido en ambos efectos o sólo en el efecto devolutivo. Revisando las reglas al respecto podemos concluir que, en general, cuando el recurso se concede en contra de una sentencia definitiva, él se da en ambos efectos. Por otra parte, hasta la dictación de la Ley 18.705 (publicada en el Diario Oficial de fecha 24 de Mayo de 1988), la regla general en lo que se refería a otro tipo de resoluciones apeladas era que se concedían en ambos efectos, siendo la concesión en el solo efecto devolutivo la excepción, como se encargaba de indicarlo el artículo 194 del C.P.C., en concordancia con las disposiciones de los artículos 193, que dice " Cuando se otorga simplemente apelación, sin limitar sus efectos, se entenderá que comprende el devolutivo y el suspensivo", y 195, que a su vez señala que " Fuera de los casos determinados en el artículo precedente, la apelación deberá otorgarse en ambos efectos ".

La Ley Nº 18.705 al modificar el artículo 194 del C.P.C., en el hecho, cambió la regla y movido por una tendencia a mantener lo que el juez de primera instancia ha

resuelto, dictaminó que las apelaciones de los **autos, decretos y sentencias interlocutorias** -el resto de las resoluciones que existen según lo dispone el artículo 158 inciso 1º del C.P.C.- se concederán en el solo efecto devolutivo. Tal regla se contiene en el Nº 2 del artículo 194 del Código.

Hemos dicho que por regla general son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, tanto en negocios contenciosos como voluntarios. También quedan comprendidas en esta regla las sentencias ("autos" los llama la Ley) expedidas por los tribunales unipersonales en uso de sus facultades disciplinarias y económicas. Se exceptúan sólo aquéllas a que la Ley deniega **expresamente** dicho recurso. Tales son: a) las sentencias recaídas en juicios que el tribunal conoce en única instancia, atendida su cuantía; b) Las sentencias de los árbitros arbitradores, a menos que las partes, en el instrumento en que constituyeron el compromiso, hubieran expresado que se reservaban el recurso de apelación para ante otros árbitros del mismo carácter y designado a las personas que habrían de desempeñar dicho cargo; y c) Las demás sentencias que los jueces ordinarios dictan en determinados asuntos y juicios regidos por leyes especiales, en que se contiene la misma excepción¹.

En contraste, no ya por regla general sino absoluta, todas

1.artículos 187, 190 inc.2º C.P.C.; arts.188, 189, 205 y 551 C.O.T.

las sentencias definitivas y las interlocutorias de segunda instancia son **inapelables**, como resultado ineludible del principio de doble instancia que informa nuestra legislación procesal. Sólo por una rara excepción se presentan sentencias dictadas por un tribunal de segunda instancia, incluso las Cortes de Apelaciones, que son apelables, sencillamente porque lo han sido en primera instancia, bien que entonces puede decirse, la regla general enunciada anteriormente se aplica perfectamente al revés, o sea, que la apelabilidad de dichas resoluciones requiere una declaración legal expresa, como en el caso del artículo 209 del C.P.C. que se refiere a la declaración de incompetencia del tribunal.

Por otra parte, por regla general los autos y decretos son **inapelables** "cuando ordenan trámites necesarios para la substanciación regular del juicio", y apelables en el caso contrario, esto es, "cuando alteran dicha substanciación o recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la Ley"; pero con la salvedad de que la apelación "sólo podrá ser interpuesta en el carácter de subsidiaria de la solicitud de reposición y para el caso en que ésta no sea acogida" (art. 188 del C.P.C.). Tratándose de los asuntos de que el tribunal conoce en única instancia, los autos y los decretos son siempre inapelables, sin ningún distingo, aunque puedan ser objeto de la reposición, que es el recurso natural y propio de esta clase de resoluciones judiciales al tenor de lo dispuesto en el artículo 181 del Código.

No obstante lo anterior, son también inapelables los

autos y decretos de cualquiera naturaleza que la Ley expresamente así lo haya dispuesto, a pesar de que en algunos casos alteran la substanciación regular del juicio, como son, por ejemplo, los comprendidos en los artículos 60, 90, 107, 117, 126, 181, 284, 326 inc.2º, 379, 381 inc.3º, 394 inc.3º, 487,494, 574, 577, 649, 715, 774 inc.4º, etc., aparte de lo que igualmente se establece en leyes especiales.

En cambio, existen ciertos autos y decretos que si bien ordenan trámites necesarios para la substanciación regular del juicio, son apelables por disposición expresa de la Ley, como a los que se refieren los artículos 159 inciso final, 523 y 822.

Los autos y decretos dictados por el tribunal superior en el curso de la segunda instancia son inapelables siempre, y lo son igualmente los que recaen en asuntos de que por expresa disposición de la ley conocen en única instancia como ser los mencionados en los artículos 208, 209 inc. 1º, 210, 310, 665 y 774, salvo lo previsto por el artículo 209 inc. 2º a propósito de la declaración de incompetencia por el tribunal de alzada.

El recurso de apelación contra las resoluciones judiciales, una vez reconocida su procedencia, debía ser otorgado o concedido por el juez a quo en ambos efectos, sin limitación alguna, a menos que la ley expresamente haya restringido tal concesión, limitándola al solo efecto devolutivo. Y como ya lo expresáramos al hacer referencia al artículo 193 y 195 del C.P.C., esto último constituía la

excepción con anterioridad a la dictación de la Ley N° 18.705. Hoy ha pasado a ser la regla general.

La concesión de la apelación en ambos efectos responde de una manera estricta a la finalidad misma del recurso; pero su aplicación en términos absolutos a todos y cada uno de los negocios o asuntos judiciales hubiera podido ser innecesaria e injusta, cuando no realmente perjudicial en ciertas ocasiones¹ ; además, por su propia índole u origen, algunos de estos mismos negocios revelan de por sí la verdad de los hechos y la justicia en la decisión o no ofrecen mayores dificultades en su resolución por el tribunal de alzada, motivos todos estos que aconsejaron hacer la distinción entre apelación concedida en ambos efectos y apelación concedida en el solo efecto devolutivo.

El artículo 194 señala que " Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la Ley, se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo " en los casos que enumera en forma taxativa genérica. **Taxativa**, por cuanto sólo en esos casos se concede la apelación en el efecto devolutivo, sin que pueda tener lugar en otros casos. **Genérica**, por cuanto el N° 5 del precepto legal señala que " De todas las demás resoluciones que por disposición de la Ley sólo admitan apelación en el efecto devolutivo" dejando abierta la posibilidad para que el legislador lo señale expresamente. Tal es el caso de los artículos 159 inc. final, 241, 271, 307, 319, 326,366, 375, 523, 550, 606, 612,

1. Anabalón Sanderson, Carlos: ob. cit. v.3, pág. 38

676, 691, 712, 754, 873 y 921 del C.P.C., aparte de tantas otras disposiciones que señalan los otros Códigos y leyes especiales.

Previamente, preciso es advertir que los casos que enumera el artículo 194 tienen, a su vez, las propias excepciones que haya podido también establecer la Ley expresamente, como lo señala el comienzo de dicho precepto. Dentro del mismo Código de Procedimiento Civil se nos ofrecen como ejemplo los artículos 173, por lo que se refiere a la discusión ulterior de los frutos o perjuicios con motivo de la ejecución del fallo; el art. 550 en cuanto reitera la misma excusa, en relación con los artículos 569 y 575, que la consagran tratándose de las querellas o interdictos posesorios ¹ ; y artículo 691, sólo respecto de la sentencia definitiva y la resolución que dé lugar al procedimiento sumario en los juicios de esta naturaleza, bien que en este mismo precepto se contiene igualmente otra particular reserva que dice relación con que si concedida la apelación en esta forma -ambos efectos- hayan de eludirse los resultados de la resolución recurrida, entonces la apelación deberá concederse en el solo efecto devolutivo.

Para los efectos de determinar los casos en que es procedente la apelación en el solo efecto devolutivo, la ley ha tomado en cuenta la conveniencia general de una justicia

1. Que el fallo que en los juicios posesorios no da lugar al interdicto sea apelable en ambos efectos según el artículo 450, no es novedad sino la repetición de la regla del N° 1 del art. 194 del C.P.C.

rápida, en razón de que dichas resoluciones implican ya un sello de seriedad y exactitud dado su origen, por lo que la ejecución provisional de ellas no reviste una gravedad extrema.

1º Así el primer grupo de resoluciones apelables sólo en el efecto devolutivo son las dictadas en los juicios ejecutivos y sumarios contra el demandado **únicamente**, es decir, se exceptúan entonces aquéllas que son dictadas contra el demandante. La explicación de este caso se haya en que, tratándose de los juicios ejecutivos, el demandante apoya su acción en un **título** que la Ley presume verdadero y en el que debe constar una obligación líquida y actualmente exigible, debiendo examinarse, además, si la acción ejecutiva se encuentra vigente o prescrita: dicho título es conceptuado como un **antecedente indubitable** que da cuenta de la existencia de una obligación al que la ley le confiere mérito para proceder a su ejecución. Por lo que respecta a los juicios sumarios, en que la propia naturaleza de la acción deducida en ellos que requiere de una tramitación rápida para ser eficaz - siempre clara y sencilla- no ofrece temores en el sentido de una resolución errónea o precipitada del juez; en cambio, los hay de que por parte del demandado se promuevan solicitudes o incidentes con el sólo propósito de estorbar y diferir la decisión de tales juicios, pese a la necesaria prontitud exigida por la Ley.

La referencia legal a los "juicios sumarios" no solamente comprende los juicios sometidos al procedimiento sumario de que trata el Título XI del Libro III, sino también

todos los que se tramitan conforme a algún procedimiento especial, también sencillo y de corta extensión, en una palabra, los distintos a aquellos juicios, que con arreglo a la ley, no admiten otro procedimiento que el ordinario. Tales son, por ejemplo, los juicios posesorios, los de alimentos, los de desahucio y terminación del contrato de arrendamiento y de restitución de la propiedad arrendada, los juicios sobre distribución de aguas, etc., fuera de tantos otros regidos por leyes especiales, no obstante que en muchos de ellos se establece una regla expresa al respecto.

Existen razones sacadas de las propias reglas de hermenéutica que abonan la interpretación precedente, de entre ellas las que siguen¹:

a) el adjetivo "sumarios" que modifica al sustantivo "juicios" en el N^o 1 del artículo 194, está allí puesto en su sentido natural y obvio, según el origen y el uso general que corresponde a dicho epíteto, pues el legislador no lo ha definido expresamente. En consecuencia, como derivado de "sumarium" -compendio -, no quiere significar otra cosa que brevedad o simplicidad, en suma, abarca a los juicios que cuentan con una tramitación sencilla y especial, no sujetos a las formalidades ordinarias;

b) El sentido de la ley es perfectamente claro y, por lo tanto, no puede desentenderse su tenor literal: se habla de "juicios sumarios" y no de "procedimiento sumario".

1. Anabalón Sanderson, Carlos: ob. cit. v.3., pág. 38

c) El propio Título XI del Libro III, que versa sobre este último procedimiento, comienza en su primer artículo -el 680- por dar a entender que hay otras acciones o juicios que, por su misma naturaleza, también la ley los ha sometido a una tramitación rápida o sumaria ya que dicho procedimiento se aplicará **"se aplicará en defecto de otra regla especial"**, y ello porque estas otras acciones o juicios participan de los caracteres de los juicios sometidos al procedimiento sumario común; y,

d) No cabe argüir finalmente que la regla del N° 1 del art. 194 se aplica exclusivamente a lo juicios tramitados con arreglo al procedimiento sumario porque, entonces, habría que convenir de inmediato que ella estaba de más o era redundante con relación a los "juicios sumarios" con sólo atender a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 691, bien que esta disposición sirve especialmente para indicar que sólo procede la apelación en el efecto devolutivo aún cuando sea el demandante quien llegue entonces a deducir el recurso, así por ejemplo contra la resolución judicial que haya ordenado cambiar el procedimiento sumario por el ordinario.

Finalmente, una última observación a la regla del N° 1 del art. 194, se refiere a que en ella se trata de un modo también genérico de resoluciones, aún cuando éstas sean sentencias definitivas y siempre, por supuesto, que el apelante sea el demandado, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario en casos especiales, como en el del art. 691 recién citado, en cuanto al inciso 1°, o del

artículo 606. Sostener, en cambio, que esta última disposición permite entonces la apelación en ambos efectos de cualesquiera otras resoluciones no comprendidas en ella, es sencillamente absurdo y violatorio del artículo 194¹.

2º Son apelables en el solo efecto devolutivo los **autos, decretos y sentencias interlocutorias**. De modo, pues, que quedan descartadas de esta regla las demás resoluciones judiciales, o sea, las sentencias definitivas. Este numeral fue sustituido por el que aparece en el texto actual por reforma introducida al C.P.C. por la Ley 18.705 de 24 de Mayo de 1988. Con anterioridad a dicha ley, este numeral rezaba se concederá apelación en el efecto devolutivo "de los autos y decretos cuyos resultados serían eludidos admitiéndose la apelación en ambos efectos" quedando descartadas de la regla las sentencias definitivas y las interlocutorias; además, se requería que los resultados de aquellas resoluciones puedan "eludirse" no simplemente retardarse o estorbarse por el corto plazo que hubiera de durar la apelación en ambos efectos. La reforma recién citada fue, a nuestro juicio, en gran medida pertinente y concordante con el objetivo de ella y el espíritu del legislador de propender a una justicia más ágil y eficaz, movido por la tendencia a respetar lo que el juez de primera instancia ha resuelto, aunque no parece lógico la apelación en el solo efecto devolutivo respecto de sentencias interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su

1. Anabalón Sanderson, Carlos: ob. cit. v.3. pág. 41

continuación, que dada las consecuencias jurídicas de este tipo de resoluciones - que clausuran el debate procesal en la primera instancia- el legislador debió haberles reservado la apelación en ambos efectos de manera similar a las sentencias definitivas.

La reforma recién comentada, se integra y complementa con la de la ley N° 18.882 de 20 de Diciembre de 1989, que introdujo nuevamente - aunque con modificaciones- el derogado artículo 199 del C.P.C., según el cual " La apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se vera **en cuenta**, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo para comparecer en segunda instancia solicite alegatos", agregando en su inciso 3° que "Las Cortes deberán establecer horas de funcionamiento adicional para el conocimiento y fallo de las apelaciones que se vean en cuenta", reservando así el lato trámite de la vista de la causa sólo para las sentencias definitivas, precisamente movido por el espíritu de dar celeridad a la tramitación del recurso de apelación.

En consecuencia, a virtud de lo establecido en esta regla, para determinar la procedencia del recurso de apelación en el solo efecto devolutivo, habrá de atenderse a la naturaleza de la resolución recurrida y a la clasificación legal de las resoluciones judiciales que contiene el artículo 158.

3° El N° 3 del art. 194 se refiere al procedimiento a que da lugar la solicitud de ejecución incidental de una sentencia firme, definitiva o interlocutoria, regla que se reproduce

en el art. 241 del correspondiente título XIX & 1 del mismo Libro I y que, todavía, sólo importa un complemento más estricto a la del N° 1, si se atiende a que dichas sentencias constituyen un título ejecutivo.

4º La ley N° 7.760 fue la que intercaló el N° 4 al citado art. 194, y no pudo ser más pertinente -en su momento- porque la nueva regla concordó perfectamente con el espíritu del legislador al establecer las medidas precautorias, en el sentido de que ellas serían siempre **esencialmente provisionales** y se harían cesar tan pronto como desapareciera el peligro que se había procurado evitar, según lo prevenido en el art. 301. Dicha regla señala que " Se concederá apelación sólo en el efecto devolutivo : de las resoluciones que ordenen alzar medidas precautorias", razón por la cual existiendo decisión del tribunal de primera instancia en orden a alzar una medida precautoria, dicha orden será precisamente obedecida por el funcionario que corresponda, no obstante existir recurso de apelación pendiente, es decir, causa ejecutoria. Actualmente, no resulta lógico mantener esta regla, por estar comprendida en el n° 2.

5º Finaliza el art. 194 haciendo una tácita y genérica alusión a las demás resoluciones que por disposición de la ley sólo admiten apelación en el efecto devolutivo, así como las comprendidas en los artículos 100, 112, 241, 271, 307, 319, 326, 366, 375, 523, 550, 606, 612, 676, 691, 712, 754, 873 y 921 del C.P.C. aparte de tantas otros casos que se señalan en los otros Códigos y en leyes especiales.

En materia penal, carece de relevancia la distinción entre

efecto devolutivo y efecto suspensivo, por cuanto por expresa disposición de la ley " por regla general, la apelación se concederá en ambos efectos" (art. 60 C.P.P.). Salvo dos excepciones:

- 1.- Que la propia ley disponga expresamente lo contrario para casos determinados.
- 2.- Que por encontrarse el juicio en estado de sumario, pudiera entorpecerse la investigación a causa del recurso.

En tales casos, la apelación será otorgada en el solo efecto devolutivo.

Como vemos, la regla es inversa a la del procedimiento civil, en donde la apelación se concede, generalmente, en el solo efecto devolutivo, asimilándose ambos procedimientos en la concesión de la apelación de la sentencia definitiva, por cuanto ambos lo hacen procedente siempre en ambos efectos.

TRASCENDENCIA DEL RECURSO DE APELACION FRENTE A LOS DERECHOS DE LAS PARTES, Y LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE AMBAS INSTANCIAS

Sabido es que el recurso de apelación puede concederse en ambos efectos - devolutivo y suspensivo- o sólo en el efecto devolutivo; pero sea una u otra la forma en que se concede, el agraviado ha podido interponerlo contra **toda** la resolución dictada por el juez a quo o contra **una parte de ella** solamente, y es por esto que la competencia del juez ad quem queda siempre circunscrita a la medida impresa a la apelación por los recurrentes. En consecuencia, el tribunal

de alzada se halla inhibido de pronunciarse sobre los asuntos o partes comprendidos en la resolución apelada y que fueron consentidos explícita o implícitamente por el apelante al no extender el recurso a esos asuntos o partes, de suerte que si llegara a hacerlo, fallaría ultra petita, salvo aquellos respecto de los cuales la Ley la da una autorización expresa para ello, correspondiendo agregar a tales casos el proveniente de la condena sobre costas de acuerdo con lo prevenido en el artículo 145. Esta doctrina ha sido sustentada sin variación alguna por nuestros tribunales, y arranca del antiguo aforismo latino "Tantum devolutum, quantum appellatum"¹ .

Por cierto es si el apelante nada expresa sobre el particular, es decir, si interpone simplemente su recurso sin puntualizarlo, por este solo hecho entrega al tribunal superior el juzgamiento completo de la apelación. No obstante, como también lo ha declarado la jurisprudencia, en tal caso " cabe considerarse que la apelación comprende todo aquello que en la resolución le es desfavorable", o sea, el tribunal superior sólo tiene competencia para confirmar llanamente la resolución que es objeto del recurso o para modificarla en sentido favorable al apelante.² Resulta claro que, actualmente, esta hipótesis es de laboratorio, por

1.RDJ Tomo XI, Mayo y Junio 1914, sec.1ª, pág. 223; RDJ Tomo XVII, Marzo Abril 1920, Sec.1ª, pág 19.; RDJ tomo XXV, año 1928, Sec.1ª, pág. 412, etc

2.RDJ tomo XXIV, año 1927, sec.1ª, pág.698; RDJ Tomo XXVII, año 1930, sec.1ª, pág. 209

cuanto, por regla general, al tenor de lo dispuesto en el artículo 189 -modificado por la Ley 18.705-, la apelación deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan, por lo que el apelante habrá de expresar en qué parte o aspecto le produce agravio la resolución recurrida, pidiendo al tribunal superior la enmienda con arreglo a derecho de dicha resolución.

La competencia del tribunal superior que va a conocer del recurso se configura de distinta manera, según la naturaleza del procedimiento de que se trate. A este respecto, existen tres grados de competencia en la segunda instancia, que son :

- a) tratándose del juicio ordinario civil.
- b) tratándose del procedimiento sumario.
- c) tratándose del procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública.

Estos ámbitos o grados constituyen los límites de la competencia del Tribunal de segunda instancia dentro de los cuales se va a desarrollar la apelación.

El primer grado lo encontramos a propósito del juicio ordinario civil de mayor cuantía y de todos aquellos casos en que se aplican sus normas: en este caso, el tribunal de segunda instancia deberá pronunciarse únicamente sobre las acciones y excepciones contenidas en la sentencia de primera instancia; el tribunal de segunda instancia no puede conocer más allá de las acciones y excepciones falladas en primera instancia. Esta regla general sufre dos excepciones que



dicen relación con aquellos casos en que el tribunal puede actuar de oficio y con las acciones y excepciones no falladas por la sentencia apelada, por estimarlas el tribunal de la causa incompatibles con las aceptadas. Vgr. El tribunal puede declarar de oficio su incompetencia absoluta, pero si esta declaración la hiciera la propia Corte de Apelaciones, esta resolución es apelable (excepción a la regla que dice que las resoluciones pronunciadas por un tribunal de segunda instancia son inapelables), V. art. 209 C.P.C. Así también, el tribunal de alzada puede declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato de que se trata, como asimismo puede declarar de oficio su implicancia y, también, en el caso de que se hubiere dejado de fallar alguna acción o excepción sin que fueren incompatibles con las aceptadas, el tribunal de alzada puede casar de oficio (invalidar) la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, en este ámbito de la competencia, el tribunal de segunda instancia debe atender a la resolución impugnada para determinar lo que ha de conocer y fallar en su instancia. V. art. 170 C.P.C.

El segundo grado o ámbito de la competencia del tribunal de segunda instancia, lo encontramos a propósito del procedimiento sumario que contempla una órbita más amplia para el tribunal de alzada que la del juicio ordinario civil. En efecto, el tribunal superior puede pronunciarse, por la vía de la apelación, sobre todas las cuestiones debatidas en la primera instancia para ser falladas en la sentencia defini-

tiva, aún cuando no hayan sido resueltas en el fallo apelado. V. art. 692 C.P.C. Pero, obviamente, este pronunciamiento dependerá de las peticiones de las partes, ya que en nuestro sistema la apelación no es un procedimiento general de revisión, sino sólo de la resolución respecto de la que se hace valer.

En consecuencia, a propósito de la competencia del tribunal de alzada, deja de tener relevancia el examen del fallo recurrido en forma aislada, y cobra trascendencia el estado de discusión en el procedimiento sumario. En este caso, por lo tanto, el tribunal de alzada deja de estar atado por la limitación del fallo apelado, por lo que resulta, a la vez, más difícil que pueda incurrir en el vicio de ultra petita.

El tercer grado de competencia lo encontramos en el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública, en el que la esfera de competencia del tribunal de segunda instancia es más amplia: el tribunal de segunda instancia tomará en consideración y resolverá las cuestiones de hecho y de derecho que sean **pertinentes** y se hallen comprendidas en la causa, aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda la sentencia de primera instancia; y a virtud de la modificación introducida al artículo 527 del C.P.P. por la Ley Nº 18.857 de 6 de Diciembre de 1989, el tribunal de alzada -en materia penal- incluso puede ir más allá que la sentencia apelada, considerando y resolviendo asuntos omitidos por el fallo apelado, como lo son las acciones y excepciones civiles hechas valer oportu-

namente en el procedimiento penal, las que podrá resolver de oficio o a petición de parte.

Por lo visto, el vicio de ultra petita en la materia penal es casi inexistente y su existencia queda reducida sólo a cuando la sentencia se ha extendido a puntos -hechos- inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y de la defensa, según lo dispone el Nº 10 del artículo 541 del C.P.P.

Pero amén de lo anterior, se debe destacar la limitación en la órbita de competencia del tribunal de alzada que le significa el carácter restrictivo e individual de la apelación, o en otras palabras, " la apelación es personal" y propia del apelante, de donde se deducen algunas conclusiones:

- a) La apelación **comprende únicamente la parte apelada**, a pesar de tratarse de un recurso inmutable, en cuanto a que lo consentido por la misma resolución o la parte favorable al apelante, ni se cumple desde luego y por separado ni perturba el curso natural de la apelación una vez concedida, pues el recurso en sí mismo es uno solo e indivisible, máxime si se atiende a que el apelado puede aún adherirse a la apelación, pendiente el recurso en la segunda instancia;
- b) La apelación **no aprovecha al simple apelado** -que no se ha adherido a la apelación-, de manera que el tribunal ad quem carece de competencia para decidir algo contrario a lo resuelto en el fallo recurrido que beneficie a aquel litigante, al reformar este fallo; como si el ejecutante llegara a apelar de la sentencia dictada en un juicio ejecutivo

porque este fallo aceptó una de dos o más excepciones y el tribunal de alzada aceptara la otra u otras, sea que mantenga o no la aceptación de la primera¹ . Además, hemos de considerar la institución de la *Reformatio in peius* que no rige en materia procesal civil, razón por la cual al apelante no le puede ir peor que en el fallo recurrido, por lo que habiendo simple apelado, el tribunal de alzada no puede fallar algo que beneficie más aún al apelado y perjudique aún más al apelante.

Así, conducen hacia esa prohibición los principios del **nemo iudex sine actore**, expresión clásica del proceso dispositivo vigente en nuestro país; del **nec procedat iudex ex officio**, que prohíbe, por regla general, la iniciativa del juez fuera de los casos señalados por la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación.

Distinta es la situación en materia procesal penal, en que por expresa disposición de la ley existe la *reformatio in peius*, por cuanto " Aún cuando la apelación haya sido deducida por el reo, podrá el Tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante ", incluso se faculta al Tribunal de Alzada para ordenar que se instruya nuevo proceso contra el reo " Si, de los antecedentes de la causa, aparecieren hechos que den motivo suficiente para para hacer cargos al reo por un crimen o simple delito

1. Anabalón Sanderson, Carlos: ob. cit. pág. 54; RDJ Tomo XVII, Marzo- Abril 1920, sec.1ª, pág. 19

diverso del que ha sido materia de la acusación y defensa ".
(artículos 528 y 507 C.P.P.)

c) Tratándose de pluralidad de demandantes o demandados, la modificación del fallo obtenida por una de las partes **no aprovecha a las otras**: si la apelación la ha deducido sólo una de ellas, el fallo queda firme respecto de aquéllas que no apelaron. Es decir, la apelación queda circunscrita en favor de aquél o aquéllos que hayan interpuesto el recurso y en perjuicio de aquél o aquéllos contra quienes vaya dirigida. Todos los demás son extraños al recurso; para ellos la apelación es **Res inter alios acta**: así por ejemplo, si dos o más demandados apelan de una sentencia, y luego se desisten algunos o su recurso es declarado desierto, subsiste solamente el recurso del apelante activo, en forma tal que el tribunal de alzada debe concretarse a resolver únicamente la apelación interpuesta por este último y en la parte que ella comprenda¹.

También, a este respecto, hay cambios en materia procesal penal, pues " Si sólo uno de varios procesados por el mismo delito ha entablado el recurso contra la sentencia, **la decisión favorable que se dicte aprovechará a los demás** en cuanto los fundamentos en que se base no sean exclusivamente personales del apelante, debiendo el tribunal declararlo así expresamente. También favorecerá al reo en su responsabilidad penal el recurso de un responsable civil cuando en virtud de su interposición se establezca

1.RDJ Tomo XVII, Mayo Junio 1921, Sec.1ª, pág. 217

cualquiera situación relativa a la acción penal de que deba seguirse la absolución del reo, **aunque éste no haya apelado el fallo desfavorable de primera instancia**" (artículo 528 bis C.P.P., agregado por la Ley 18.857 de 6 de Diciembre de 1989). Esta disposición es aplicación del principio general que inspira nuestra legislación procesal penal, cual es el **"principio pro reo"**, en virtud del cual ha de tenerse siempre en cuenta en la interpretación de la Ley el sentido más favorable al reo.

EL EFECTO DEVOLUTIVO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Hemos dicho que el efecto devolutivo no puede faltar jamás en el recurso de apelación, ya que constituye su misma esencia.

También hemos señalado que por el efecto devolutivo se concede competencia al tribunal superior para que conozca del recurso y enmiende o modifique -con arreglo a derecho- la resolución pronunciada en primera instancia. Dicha competencia la adquiere aquél, desde que el tribunal que dictó la resolución apelada concedió el recurso.

Además, hemos afirmado que en virtud de la reforma al Código de Procedimiento Civil de la Ley Nº 18.705, la concesión del recurso de apelación en el solo efecto devolutivo constituye la regla general, regla que sufre excepción sólo

tratándose de sentencias definitivas - en que la apelación se concede en ambos efectos- y de disposición expresa de la ley que lo extienda también al efecto suspensivo.

Al tenor de lo que dispone el artículo 192 del C.P.C., " Cuando la apelación proceda sólo en el efecto devolutivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, inclusa la ejecución de la sentencia definitiva". Al parecer, el legislador al definir el alcance del efecto devolutivo en la apelación, ha pretendido establecer que en estos casos ha de tenerse por cierta la situación creada a partir de la resolución judicial del juez de primera instancia, optando por su veracidad y certeza, de ahí que no estime necesario suspenderle su competencia para conocer del negocio, incluso lo habilita para conocer de la ejecución de la sentencia definitiva, no obstante existir el recurso de apelación pendiente.

Diversas han sido las opiniones de los autores nacionales y extranjeros para referirse a este fenómeno: Es así como don Alejandro Espinoza Solís de Ovando ha señalado que "Concedida una apelación sólo en el efecto devolutivo, y como no se suspende la jurisdicción del tribunal inferior, hay dos tribunales que quedan con competencia para conocer de la causa: **el inferior**, que sigue conociendo de la causa hasta su terminación, inclusa la ejecución de la sentencia definitiva, como si no se hubiere deducido apelación, y **el tribunal superior** que conoce de todo lo relacionado con el recurso interpuesto. Vale decir, mientras está pendiente el recurso ante el tribunal superior, el inferior ha podido

seguir conociendo de la causa incluso ha podido pronunciar sentencia definitiva resolviendo el asunto controvertido, y aún ejecutar ésta. La sentencia definitiva dictada en este caso es de las que se conocen con el nombre de **sentencias que causan ejecutoria**, que son precisamente aquellas que pueden cumplirse no obstante existir recursos pendientes en su contra"¹.

" Pero, todo lo actuado por el juez inferior, pendiente la apelación concedida en el solo efecto devolutivo, está subordinado -en su validez y consecuencias- a lo que resuelva el tribunal de alzada respecto del recurso. Si éste falla confirmando en todas sus partes la resolución apelada de primera instancia, lo actuado por el tribunal inferior con posterioridad a la concesión del recurso queda **a firme**; si, por el contrario, se revoca o modifica el fallo de primera instancia, las cosas deberán **retrotraerse** total o parcialmente al estado que tenían antes de la dictación de dicho fallo. De manera, entonces, que la jurisdicción que conserva el tribunal de primera instancia en este último caso, es de un carácter **condicional**, porque todas las resoluciones que se dicten en virtud de ella quedan subordinadas al fallo de alzada"².

Comparte esta opinión don Darío Benavente que sostiene que " Cuando se concede la apelación en el solo efecto devolutivo, el tribunal de primera instancia queda con una

1.Espinoza Solís de Ovando: ob. cit. pág. 37

2.idem

competencia de carácter condicional. En efecto, puede seguirse tramitando el juicio y ejecutarse el fallo ante el tribunal de primera instancia, pero si el superior revoca la resolución apelada, todo lo obrado en el juicio con posterioridad al recurso, se retrotrae al momento de su interposición. Por ello es que las sentencias definitivas e interlocutorias que se dictan por el inferior, mientras está pendiente una apelación **causan ejecutoria**"¹.

Incluso se ha llegado a sostener que, pendiente el recurso de apelación, la sentencia es sólo una **expectativa**, esto es, un acto que puede devenir en sentencia. Así lo sostiene Couture, para quien la sentencia sólo nace como tal una vez que se ha determinado definitivamente la situación en la conclusión que se admita en segunda instancia, ya que la cosa juzgada -efecto propio de las sentencias firmes o ejecutoriadas- se produce inequívocamente a partir de la sentencia de segunda instancia, sea que confirme, complemente o revoque la de primera instancia². En nuestro concepto, esto no es así; la sentencia recurrida es sentencia, sólo que ha sido objeto de un acto de impugnación por la parte que se ha sentido agraviada por ella. Es aceptable la tesis de que la resolución apelada está subordinada a lo que en definitiva resuelva el tribunal de segunda instancia, pero ello no le resta su carácter de tal. En el caso del efecto

1. Benavente, Darío: "Derecho Procesal Civil: Juicio Ordinario y Recursos Procesales". Edit. Jdca. Chile, 1984, pág.171

2. Couture, Eduardo: ob. cit. pág.371

devolutivo, el legislador procesal ha consagrado su tendencia a mantener lo que el juez de primera instancia ha resuelto; es por eso que no le suspende su competencia para conocer del negocio ni lo inhabilita para ejecutar lo resuelto. Pero en todo caso, queda a criterio del apelado el solicitar la ejecución " provisional" del fallo o no hacerlo. Si estima que su derecho es claro, y si tiene la certeza de que la resolución del juez de primera instancia va a ser confirmada, pedirá indudablemente la ejecución del fallo; de lo contrario, si tiene dudas, no le sería conveniente ni siquiera proseguir la tramitación del juicio, para evitar gastos inútiles.

El apelante, entonces, tiene en su favor un recurso que le permite que su eventual **agravio** por la ejecución definitiva de la resolución sea estudiado y con el mérito de ese examen, se modifique o revoque la resolución. Tal apelado, por su parte, tiene la ventaja de que se **prosiga** con la tramitación y de que la resolución se ejecute provisoriamente, dándose así celeridad al procedimiento. De esta manera aparece una suerte de **conmutatividad**, pues el apelante se grava en favor del apelado, en el sentido de que a pesar de estar en entredicho la resolución que según él le produce agravio, se continúa la tramitación de la causa, pudiendo la sentencia definitiva ejecutarse provisionalmente. A su turno, el apelado se grava en favor del apelante, en el sentido de que la ejecución de la sentencia definitiva es **provisional** y está sujeta a que en caso de revocación o modificación se **retrotraiga** el proceso al estado anterior

de cosas al de la dictación de la resolución impugnada, sea esta última totalmente o en parte modificada según el caso.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha señalado que " las apelaciones en lo devolutivo tienen precisamente la virtud de no suspender los efectos de lo resuelto, permitiendo gozar del derecho concedido desde cuando se otorga en primera instancia; y si bien la revocatoria retrotrae los hechos, ello es en cuanto no hieren derechos de terceros legítimamente adquiridos en el intertanto, por no haber existido medida alguna que impidiera consolidar el dominio en sus manos ...", agregando que " dichas apelaciones constituyen una **modalidad**, que aún aceptándola como condición de las que dan derecho contra terceros, sería necesario un juicio para declarar cumplida esa condición "¹. Esa condición es de carácter resolutoria, pues su cumplimiento importa la extinción de un derecho otorgado por una resolución judicial dictada en primera instancia y que ha sido impugnada por la vía de un recurso procesal, pero que mientras tanto puede cumplirse porque causa ejecutoria de conformidad a la Ley : el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de ese derecho otorgado en la primera instancia es que el Tribunal superior acoja el recurso de apelación, revocando la resolución impugnada cuya ejecución había sido solicitada por el apelado.

Por último, cabe señalar que esto de la competencia "provisional" o "condicional" del Tribunal de primera ins-

1.RDJ año 1934, tomo XXXI, 2ª parte, Secc.1ª, pág. 60

tancia mientras pende el recurso de apelación, no ha quedado sólo en las palabras de los procesalistas, sino que así también lo ha declarado nuestra propia Corte Suprema de Justicia, que conociendo de un Recurso de Queja , concluyó que " la sentencia de primera instancia apelada sólo en lo devolutivo, es de aquellas que " causan ejecutoria " , de manera que su cumplimiento, pendiente el recurso de apelación deducido en contra suya, fue simplemente provisorio y tuvo un carácter condicional; y siendo así, revocado como fué dicho fallo, deberían naturalmente retrotraerse las cosas al estado anterior a su pronunciamiento "1.

En la doctrina extranjera, este tema del efecto devolutivo ha sido abordado a partir de un problema que ha preocupado reiteradamente a los tratadistas, cual es **la naturaleza del fallo sujeto a impugnación.**

En efecto, sostiene Calamandrei que " de la sentencia sujeta a gravamen nace un estado de **pendencia:** no constituye todavía la " cosa juzgada", ya que la posibilidad de ulteriores instancias impide considerarla desde el principio como una declaración incontrovertible del derecho; pero por otra parte, no se dice que no pueda más tarde formarla, cuando, por el transcurso inútil del término concedido a las partes para provocar la nueva instancia o por otras circunstancias, quede definitivamente excluída la posibilidad de pronunciamiento de una nueva sentencia en la

1.RDJ año 1974, Tomo LXXIV, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 110

instancia superior "1.

Diversas han sido las teorías para explicar la situación jurídica de la sentencia sujeta a apelación, que no es todavía la declaración definitiva de certeza del derecho, pero que puede llegar a serlo por el transcurso del tiempo:

1.- **Mortara** (*Commentario...*, v. IV, ns. 115 y ss, pág. 209) y **Kohler** (*Prozess als Rechtsverhältniss*, §17, pág. 71 y 72) han sostenido que la sentencia sujeta a gravamen tiene la naturaleza de un acto sujeto a condición resolutoria. La sentencia pronunciada por el juez inferior, estaría, según esta teoría, "provista desde el primer momento de las condiciones necesarias para vivir de una manera estable"; pero estaría sujeta a perder su originaria eficacia por la verificación de un evento, consistente en la emanación de una nueva sentencia en la instancia superior. Mientras, según Kohler, la sentencia sujeta a gravamen nacería desde el principio en esta situación de condicionalidad, Mortara opina que tal situación se produce solamente en el momento en que el medio de gravamen se interpone. Dichos autores no están de acuerdo en cuanto al momento en que el evento resolutorio se verifique: según una primera opinión de Kohler, la condición resolutoria se produciría por el solo hecho de la emanación de una nueva sentencia (sin distinguir si la misma confirma o revoca la precedente); según Mortara, - y la opinión más reciente de Kohler -, la resolución tendría lugar solamente cuando la nueva sentencia

1. Calamandrei, Piero: "La Casación Civil", v. ii, pág. 208

fuere diversa de la primera, sea que la revoque o la modifique. La crítica a esta teoría ha provenído del propio Chiovenda (Principios de Derecho Procesal Civil, v.I, pág. 392-394), quien sostiene que es inexplicable el hecho de que si se trata de una condición resolutoria, desde el momento en que no se verifica, debería dejar al acto condicionado la plenitud de sus efectos jurídicos y no se comprende por qué la sentencia sujeta a gravamen no tenga, como consecuencia normal eficacia ejecutoria: esto es, no se sabría admitir y justificar el carácter excepcional de la **ejecución provisional**, ya que un acto sujeto a condición resolutoria despliega sus efectos jurídicos hasta que se verifica esta condición. Para nosotros, esta crítica no tiene aplicación, desde que existe el efecto devolutivo que, otorgando competencia al superior para conocer del recurso, no se la suspende al inferior para conocer de la causa hasta su terminación incluso la ejecución de la sentencia definitiva, por lo que estando pendiente la condición de revocarse por el superior la resolución apelada **no se puede dudar de la plena eficacia de dicha sentencia.**

2.- La condición de la sentencia sujeta a gravamen se explica por Chiovenda recurriendo al concepto de "situación jurídica": según su teoría, el pronunciamiento del juez inferior no es una sentencia, sino que es solamente una mera posibilidad de sentencia, la cual se transformará en un verdadero y propio acto jurisdiccional capaz de establecer la certeza del derecho solamente cuando haya quedado excluída la posibilidad de que sea emanado un nuevo pronuncia-

miento del juez superior. Así, el pronunciamiento del juez de primera instancia es sólo un elemento de la declaración de certeza del derecho; el otro elemento puede ser el inútil transcurso del término para interponer el recurso, o, cuando el recurso se interponga, la falta de pronunciamiento de una nueva sentencia en el juicio superior (Vgr. cualquiera de los términos anormales de la apelación: deserción, desistimiento, prescripción); pero una vez que el tribunal de alzada pronuncie una nueva sentencia, **ésta sola, siempre que sea válida, es la verdadera sentencia** aún cuando la misma confirme la sentencia de primera instancia. Es decir, según esta teoría la sentencia sujeta a recurso "debe considerarse provisionalmente como una **tentativa de sentencia**, como uno de los pasos en el curso de un proceso, cuyo destino será el llegar a una última y duradera sentencia".(Savigny, Sistema..., v. IV, pág. 324)

3.- Una tercera teoría expuesta por Ugo Rocco, advierte un estado de **pendencia** de la sentencia de primera instancia y de sus efectos jurídicos, frente a los órganos jurisdiccionales de segundo grado y frente a las partes. Según él, esta pendencia no proviene de una condición resolutoria, ya que la sentencia de segunda instancia no tiene la virtud de hacer cesar los efectos jurídicos de la sentencia de primer grado de la misma manera que una condición resolutoria resuelve los efectos jurídicos de un acto o contrato. Según este autor, la condición resolutoria no basta para explicar cómo la sentencia revocatoria del tribunal superior reduzca a la nada la existencia de la decisión del inferior, pues la

verificación de una condición no puede operar nunca sobre la **existencia** del acto condicionado, sino que puede operar sólo sobre sus efectos jurídicos; por otra parte, critica a la teoría de Chiovenda, porque en su concepto la sentencia sujeta a recurso es un acto en sí perfecto, desde el punto de vista formal y desde el punto de vista de su contenido, como formulación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales del Estado, de lo que sería prueba el hecho de que la misma, desde el momento de ser dictada, tiene efectos obligatorios suyos propios frente al órgano del cual emana, el cual no la puede modificar en manera alguna una vez notificada a alguna de las partes - por el efecto del desasimiento-, como asimismo es obligatoria para todos aquellos tribunales de la misma jerarquía. El que este acto, perfecto en sí desde su origen, pueda después caer en la nada frente a la nueva sentencia del tribunal superior, se explicaría recurriendo al concepto de " **acto sometido a revocación** ", la cual ocurriría solamente en el caso de que el superior reformase la sentencia, mientras en el caso de que este tribunal confirmase la sentencia de primera instancia, ésta continuaría ejerciendo su plena eficacia.

"Este fenómeno -dice Rocco-, no puede explicarse mediante la condicionalidad de un acto, sino que se trata de un principio enteramente diferente, y concretamente de la posibilidad de una revocación del acto. El juez de apelación puede revocar la sentencia de primera instancia cuando los motivos de hecho y de derecho sobre los cuales se funda la sentencia de primer grado no sean conformes a la verdad o a

una recta aplicación o interpretación del derecho".*

" La sentencia sujeta a recurso es, por consiguiente, en nuestra opinión, una sentencia sujeta a revocación por parte de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores, competentes para conocer de la causa en segunda instancia. Dicho poder de revocación se compendia en la posibilidad de reducir a la nada la sentencia emitida por los órganos jurisdiccionales de primera instancia y de sustituir al acto reducido a la nada una nueva e independiente sentencia, que constituye la declaración de certeza de la relación jurídica que se discute". *

* (Ugo Rocco: " Tratado de Derecho Procesal Civil", V. I, Parte General, parte 3ª, Cap. VII, & 4, pág. 394)

4.- Por último, Vassalli ("Sentencia Condizionale", pág.80), ha observado que , si a la analogía con la figura jurídica del negocio sometido a condición se recurre para no para agotar la precisa determinación del carácter de la sentencia sujeta a recurso, sino sólo para " alcanzar una evidencia cualquiera de representación", se puede con mucha aproximación comparar la sentencia sujeta sometida a recurso al acto sometido a condición, siempre que se haga referencia exclusivamente a la condición suspensiva. Así, la sentencia de primer grado, frente a la de segundo grado es un acto jurídico sujeto a condición suspensiva, cuyos efectos se encuentran en suspenso hasta la verificación de un determinado hecho: la no interposición del recurso de apelación o la confirmación de la resolución apelada por el tribunal superior.

Para Calamandrei (Ob. cit. pág. 214) la figura jurídica de condicionalidad es inaplicable a la sentencia sujeta a recurso, por cuanto sostiene, por una parte, que la condición opera solamente sobre la eficacia, no sobre la existencia de un acto, mientras que la sentencia sujeta a impugnación está destinada, cuando el tribunal superior emita una nueva sentencia, a dejar de existir; y por la otra, que mientras la condición tiene constantemente el carácter de la retroactividad, " la cosa juzgada existe sólo desde el momento en que la sentencia sujeta a gravamen se ha convertido en definitiva ". Agrega que, " el concepto de **situación jurídica**, si bien explica perfectamente como ocurre el que la decisión de primer grado no tenga eficacia mientras está abierta la posibilidad de una nueva decisión en la instancia superior, no parece que explique con igual evidencia cómo ocurre que, una vez precluída esta posibilidad, el pronunciamiento del juez inferior se convierta sin más en la formulación de la voluntad del Estado: en efecto, si el pronunciamiento del juez de primer grado no puede, mientras está sujeto a gravamen, producir los efectos de una declaración jurisdiccional de certeza, y si, por otra parte, el mismo puede comenzar a producirlos cuando se verifique un hecho negativo (la certeza de que no se pronunciará una nueva sentencia del juez superior) sin que intervenga una nueva formulación de voluntad de parte de un órgano del Estado, parece justo reconocer que esto ocurre porque el pronunciamiento del juez de primer grado tenía ya en sí, potencialmente, lo requisitos necesarios para ejercitar los

efectos propios de un acto jurisdiccional, mientras no podía de hecho ejercitarlos porque los mismos estaban **suspendidos** por la posibilidad de un nuevo pronunciamiento. En la sentencia sujeta a gravamen no veo, pues, un **elemento** de un acto jurisdiccional que nacerá cuando se le añada **otro elemento** (el término para deducir la impugnación), lo que llevaría a considerar estos dos términos como cooperantes con igual eficacia en la formación de la sentencia; sino que veo en la misma, un acto que tiene en sí todos los requisitos para poder producir los efectos jurisdiccionales el día en que el ejercicio de los mismos no esté ya impedido por una circunstancia accidental, cual es la posibilidad o la certeza de una nueva decisión por parte del juez superior. La sentencia sujeta a gravamen debe ser considerada como un acto provisto desde el principio de los requisitos esenciales de existencia, pero imperfecto en su eficacia, la cual está sometida a la condición legal suspensiva negativa de que **no se pronuncie una nueva sentencia**. La teoría que me parece preferible es, en conclusión, la de Chiovenda, sustituyendo, sin embargo, en ella, el concepto de "situación jurídica" por el de "condición suspensiva". (ob. cit. pág. 216)

En concepto de Pavanini¹, "las variadas tesis relativas a la condición de la sentencia sujeta a impugnación, pueden reducirse sustancialmente a dos grandes categorías:

1. Pavanini: "Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio". Padova, 1937, pág. 33

una, considera la sentencia sometida a impugnación como una situación jurídica que llegará a ser la sentencia de la causa sólo cuando con el transcurso de ciertos términos, resulte imposible un pronunciamiento de segundo grado; **otra**, sostiene que la sentencia del juez se encuentra desde el principio provista de normal eficacia imperativa, salvo que sea declarada **inexistente** cuando una nueva sentencia de apelación modifique total o parcialmente sus efectos ".

Para Couture ¹, " una distinción es necesario hacer para evitar tratar como si fuera uno solo, dos problemas diferentes. Esta distinción consiste en considerar, por un lado, el caso de la sentencia de primera instancia durante el plazo dentro del cual puede interponerse el recurso de apelación. Por otro lado, debe examinarse, como asunto diferente, la sentencia de primera instancia cuando ha sido deducido contra ella el recurso de apelación y se halla pendiente de fallo la segunda instancia".

" Conviene añadir que este problema tiene una gran significación en legislaciones que, como la francesa e italiana, tienen el procedimiento de ejecución provisoria de la sentencia. Esta circunstancia obliga a los autores a considerar el tema acudiendo a cada instante a esta institución. Diferente es la situación en derechos como el nuestro que no tienen ejecución provisional de la sentencia de primera instancia".

1. Couture, Eduardo: " Instituciones de Derecho Procesal Civil". V.2, pág. 372

" Durante el término dado por la ley para deducir la apelación, la sentencia es un acto jurídico cuya eficacia depende de la actitud que asuma el litigante a quien el fallo perjudica. Durante ese término existe un estado de **suspensión** de los efectos. Si no se introduce el recurso, la suspensión cesa y la sentencia pasa en cosa juzgada ".

" Esa suspensión es a plazo y a condición. El plazo es el señalado por la ley; la condición, es la de que no se interponga el recurso. Como todos los actos pendientes de condición suspensiva, si la condición no se cumple, el acto se tiene como puro y simple desde su fecha ".

" El problema de la retroactividad es, pues, en este caso, relativamente fácil de resolver. Si la sentencia fuere consentida, sus efectos se computan a partir de la fecha en que es notificado el fallo a las partes. Se produce así una retroactividad de los efectos propios de la sentencia ejecutoriada". (Couture, ob. cit. pág. 373)

Por otra parte, agrega este autor, " interpuesto el recurso de apelación, el estado de suspensión continúa: **appellatione pendente nihil innovandum**. Esta suspensión dura lo que dura la segunda instancia. Pero confirmado el fallo, se produce una homologación de la sentencia de primera instancia por acto del superior".

" El fallo de primera instancia viene a quedar así como esos actos del derecho civil supeditados a confirmación. Si el acto es confirmado se han reunido los dos elementos: la voluntad originaria y la voluntad confirmatoria. Si no es confirmado, si ha fallado uno de los

elementos, el acto no produce efectos".

" La sentencia de primera instancia es una voluntad jurídica originaria que puede valer por sí sola si no se introduce el recurso de apelación; pero, introducido el recurso es una voluntad jurídica originaria sometida a confirmación por el superior. En consecuencia, sólo la voluntad originaria a la que se suma la voluntad confirmatoria, produce la cosa juzgada ".

" Siendo la segunda instancia un proceso de revisión de la sentencia de primera, es necesario admitir que el fallo de primera instancia no queda completo hasta tanto no se ha cumplido la instancia de revisión, abierta por el recurso. El vencido tiene derecho a provocar la revisión del primer fallo por el superior y no puede decirse que el proceso jurisdiccional quede cumplido hasta tanto esa etapa no se halle agotada ".

" Tratándose de la apelación, el acto jurídico que es la sentencia queda, en todos sus efectos, sometido a confirmación; y sin la confirmación, no es virtualmente sentencia. Para decirlo con el lenguaje exacto de Chiovenda, debe definirse como un acto jurídico que puede llegar a ser sentencia".(idem, pág. 376)

Así, entonces, en opinión de Couture " no puede admitirse en nuestro sistema la tesis de que la sentencia sujeta a impugnación quede sometida a condición suspensiva o resolutoria. La función jurisdiccional se realiza se realiza en dos instancias ligadas entre sí por el principio de unidad de la relación procesal. El fallo de primera

instancia es sólo **una parte** de esa unidad. La unidad completa la constituye la yuxtaposición de la primera y de la segunda instancia ". Destaca, además, el **carácter constitutivo** que para él tiene la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la primera, considerando aquella, en sí misma, un acto de homologación.

En consecuencia, según Couture, **no hay retroactividad**, y los efectos nacen a partir del momento en que el proceso de la voluntad jurídica queda completo mediante la unión del acto confirmado y del acto confirmatorio.

Pero, la sentencia de segunda instancia revocatoria de la de primera, " es un acto autónomo, que produce sus efectos a pesar de su carácter revocatorio y , por lo tanto, hace cosa juzgada por sí solo, sea cual fuere el contenido del fallo de primera instancia". (idem) Empero, " dicho acto, aparentemente autónomo, no quedaría explicado si no estuviera ligado al de primera instancia por el principio de unidad de la relación procesal. Su carácter revocatorio es sólo una contingencia en la vida del proceso. Siempre se tratará de una sentencia de segunda instancia, surgida en razón del recurso interpuesto contra la de primera: sin esta última y sin recurso de apelación, la sentencia de segunda instancia no tendría explicación alguna".

Couture, también atribuye carácter **constitutivo** al fallo de segunda instancia revocatorio; sus efectos se producen para el futuro y no existe retroactividad de los mismos hacia el pasado.

Para nosotros, sin discutir que el fallo de segunda instancia revocatorio es constitutivo y sus efectos se producen hacia el futuro, habiéndose ejecutado la sentencia de primera instancia - en virtud del efecto devolutivo, esto es, de la competencia que jamás perdió el tribunal de inferior- y, por lo tanto, habiendo tenido lugar una situación creada a partir de la resolución impugnada que es " incompatible " con la que ha de tener lugar en virtud del fallo del tribunal de alzada que acogió el recurso, **sus efectos tienen retroactividad**, debiendo el procedimiento retrotraerse hasta el instante anterior al del pronunciamiento de la resolución objeto de la apelación. Todas las actuaciones posteriores a dicha resolución, **quedarán sin efecto**, porque la revocación de ese acto comunica su ineficacia a todas aquellas actuaciones del proceso que son una consecuencia directa de él.

Al finalizar este somero examen de la doctrina extranjera, podemos concluir lo siguiente:

- a) En primer lugar, coincidimos con Calamandrei, en cuanto a que la sentencia de primera instancia está sujeta a "condición suspensiva" cuando es impugnada y, mientras está pendiente el plazo para efectuar la apelación.
- b) En segundo lugar, coincidimos también con Chiovenda y Calamandrei en cuanto a que la sentencia sujeta a apelación no es **una verdadera sentencia**, entendiéndose por tal " la declaración definitiva de certeza ", y a que la cosa juzgada se produce inequívocamente a partir del fallo de segunda instancia.

c) En tercer lugar, concordamos también con Carnelutti, quien afirma que " la sentencia de primera instancia es un acto imperativo ", pues, en virtud del efecto devolutivo puede cumplirse no obstante existir recurso pendiente en su contra: o sea, causa ejecutoria. Pero dicho acto procesal **no es inmutable**. Distinta es la situación de la sentencia sujeta a apelación en ambos efectos, pues en este caso sus efectos se encuentran en suspenso mientras no se resuelva el recurso por el tribunal de alzada, careciendo de ejecutoriedad.

d) Por último, coincidimos con Ugo Rocco, en cuanto consideramos que la sentencia sujeta a apelación en lo devolutivo, es un **acto decisorio perfecto**, con fuerza obligatoria propia, con efectos limitados y parciales mientras puede ser modificado: como tal, resuelve el conflicto y se notifica, sólo que **su contenido decisorio es enmendable**.

De ahí entonces que, en nuestro concepto, la resolución de segunda instancia no es, como dice Couture, " un acto que se suma a otro ", sino que tiene su fisonomía propia, es independiente, y tanto es así que, en la apelación en lo devolutivo, puede reducir a la nada todo lo obrado a partir de la resolución de primera instancia que se revoca, y como tal es retroactivo, porque todo lo obrado en la causa - a partir de la resolución impugnada- tuvo un carácter condicional, esto es, sujeto a perder su originaria eficacia por la verificación de un evento consistente en la emanación de una sentencia revocatoria en la instancia

superior, que vino a sustituir a la resolución anterior.

LA ORDEN DE NO INNOVAR Y SUS CARACTERISTICAS

La orden de no innovar, como institución procesal, sólo tenía consagración legal en nuestro Derecho en el artículo 204 inciso 3º a propósito del recurso de hecho, que en una forma muy sucinta contempla la facultad del tribunal superior que conoce del recurso de hecho para ordenar al inferior que no se innove cuando haya antecedentes que justifiquen esta medida. Pero, no se precisa ahí cuál es el efecto ni en qué consiste esta orden. La doctrina y la jurisprudencia debió venir a hacer tal precisión, y más tarde, se comenzó a aplicar por analogía en el recurso de queja, de tal suerte que fue recogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema y regulada en un auto acordado, el que se refiere a la tramitación de este recurso procesal. En los tres recursos, no cabe duda que en lo substancial tienen una estructura interna idéntica, consistente en **un mandato del tribunal superior al inferior para que se abstenga de continuar con el proceso.**

Los dos nuevos incisos del artículo 192 del C.P.C. que la consagran ahora en el Recurso de Apelación, y que fueron introducidos por la antes comentada reforma de la ley Nº 18.705 de 24 de Mayo de 1988, rezan:

" No obstante, el tribunal de alzada a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no

innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada. Los fundamentos de las resoluciones que se dicten de conformidad a este inciso no constituyen causal de inhabilidad"¹ .

" Las peticiones de orden de no innovar serán distribuidas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas en que esté dividida y se resolverán en cuenta. Decretada una orden de no innovar, quedará radicado el conocimiento de la apelación respectiva en la sala que la concedió y el recurso gozará de preferencia para figurar en la tabla y en su vista y fallo".

Del texto legal de los dos incisos del artículo 192 del C.P.C. antes transcritos, pueden extraerse sus principales características:

1.- En lo que respecta a su objeto y su función.-

Consiste en una **orden**, o sea, el mandato de un tribunal jerárquicamente superior, en este caso el tribunal ad quem, a uno inferior, tribunal a quo, dentro de la jurisdicción contenciosa. Además, es una orden de **no innovar**, es decir, se prohíbe proseguir de modo de alterar en absoluto el estado de cosas existentes desde que se formula el mandato. La ley ha precisado bastante bien sus efectos: a) suspende los efectos de la resolución recurrida, o b) paraliza

1.inciso modificado por la ley N° 18.882 de 20 diciembre 1989.

su cumplimiento, según sea el caso.

Además de trascendente esta modificación, no deja de ser curiosa a simple vista, pues si se dice que estas reformas pretendían acelerar la tramitación de los juicios, aparece aquí una institución que los paraliza en primera instancia mientras se resuelve el recurso. O sea, por un lado se abren totalmente las puertas para que casi todas las apelaciones lo sean en el solo efecto devolutivo (modificación al art. 194 C.P.C.), pero se concede un mecanismo para detener esta verdadera estampida. Debe haber, pues, un motivo racional para que esto sea así.

En primer lugar, esta orden de no innovar que el apelante puede pedir al tribunal para suspender los efectos de la resolución recurrida o paralizar su cumplimiento, sin tener nada que ver con el efecto suspensivo (o en el lenguaje del Código, con "ambos efectos"), nos encontramos con que se le parece en cuanto a sus consecuencias. Esta orden se sale totalmente del marco de la estructura de los efectos del recurso de apelación. Efectivamente, lo devolutivo y lo suspensivo tienen una relación natural que emana de lo más íntimo de la apelación: se abre la competencia de segunda instancia mediante la concesión del recurso, el proceso se ventila en dos tribunales al mismo tiempo, pero en ciertos casos muy especiales y por razones de justicia se hace necesario su paralización.

Aún, en la estructura errada de nuestro Código, hay una relación entre los efectos del recurso, aunque en el inverso sentido, de que concedido el recurso se paraliza en

primera instancia el procedimiento y por razones especiales, se permite la prosecución. Así, la orden de no innovar aparece como un elemento extraño a la dualidad " devolutivo-suspensivo" y paradójicamente con consecuencias similares a este último efecto. En verdad, es posible concebirla como un agregado extraordinario del efecto devolutivo, un mecanismo incorporado artificialmente con el propósito que conocemos. Una especie de marcapasos, pero que aún no tenemos la certeza de que su eficacia sea como la de dicho instrumento. Así, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no parece muy acertada su inclusión para la pureza de los efectos de la apelación en la teoría procesal. Desde una perspectiva práctica, la cual constituye la máxima finalidad en su incorporación, tampoco la situación es mejor.

El profesor Mario Mosquera Ruiz, ha señalado que como abogados ¿ quién no va a estar a las puertas de la Corte para pedir una orden de no innovar ? ¿ quién no la va a pedir ? ¹ Es cierto que habrá un intenso deseo por conseguir preferencia para la vista de la causa, dado que si se concede la orden de no innovar ese es, precisamente, uno de sus efectos.

Entonces, el efecto práctico no se produce porque los tribunales se verán recargados de solicitudes de orden de no innovar, la mayoría de las veces por constituir una especie de panacea para que una causa sea vista

1.Seminario Reformas de la Ley 18.705. Colegio de abogados. Chile 1989.

preferentemente, frente a todo lo que demora el que se vea una causa.

Así hay quienes han sugerido eliminar la preferencia para la vista dentro de los efectos de la orden de no innovar.

2.- En cuanto a su tramitación.-

La ley confiere al apelante la posibilidad de pedir esta orden de no innovar, que es el interesado en restablecer el eventual desequilibrio que podría producirse en su perjuicio si no se paraliza el procedimiento en la primera instancia.

Se presenta el problema de la oportunidad de la comparecencia del apelante que se vé eventualmente afectado por el efecto devolutivo, para pedir la orden de no innovar. La ley ha guardado silencio a este respecto.

Lo único cierto que se desprende del texto del Código es que la petición de una orden de no innovar no puede ya tener lugar desde que el Presidente de la Corte cumpla la obligación que le impone el artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales, de formar la tabla de los asuntos que el tribunal verá. Porque es en esa ocasión donde debe colocar con preferencia para su vista aquellas causas respecto de las cuales la ley exige que así sea, como es el caso del artículo 192 del C.P.C. inciso 3º, en el evento de haberse concedido la orden. La norma del Código de Procedimiento Civil, no hace excepción a la del artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto a que permitiera que

surgiera el carácter preferencial con posterioridad a la fijación de la causa en tabla. Cualquier motivo del apelante para paralizar la primera instancia surgido después o que los haga presente tras el momento de la fijación, carece de motivo para dicha suspensión.

Pero ¿ desde cuándo el apelante puede impetrar esta orden al tribunal ?. La verdad es que el recurrente de apelación, no obstante el aforismo " iura novit curia", en realidad puede estar casi seguro en qué efecto se concederá su recurso, bastándole conocer la naturaleza de la resolución impugnada. Sin embargo esto, el apelante no podría hacer la petición en un otrosí del escrito de interposición del recurso, porque ella se hace ante el tribunal superior, y a lo más el recurrente obtendría un " pídase cuando corresponda". Efectivamente, el juez de primera instancia no está facultado para resolver esta petición, sino que debe hacerlo el tribunal ad quem, en cuenta según así lo dispone el inciso 3º del artículo 192 del C.P.C..

Que la procedencia de la solicitud de la orden se determine sólo cuando el expediente esté en segunda instancia, debido a que en el pronunciamiento en cuenta sobre ella el tribunal de alzada requeriría tener a la vista el expediente, es una solución no satisfactoria, porque desde la concesión del recurso en lo devolutivo se procede a la ejecución de la resolución impugnada y, los efectos perjudiciales podrían ya producirse irreparablemente entre dicha concesión y el ingreso del expediente a la Corte.

En el recurso de queja, sin que haya expediente a la vista, la orden se concede, lo cual es aquí también aconsejable.

En consecuencia, tenemos que la oportunidad inicial para formular la orden de no innovar es desde el momento de la notificación de la concesión del recurso de apelación en el solo efecto devolutivo, y **ante la Corte**, sin perjuicio que ésta mande traer a la vista el expediente.

3.- En cuanto al conocimiento de la solicitud de orden de no innovar.-

Señala la ley que las peticiones de orden de no innovar, serán distribuídas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas en que esté dividida. El tribunal las conocerá **en cuenta**, lo que recalca que la orden de no innovar es una solicitud de ub trámite, y por lo tanto, una cuestión accesoria que se suscita en el curso de la apelación.

Los jueces deberán fundar esta orden de no innovar y lo lógico es que sea en base a lo expuesto por el apelante al solicitar la orden, pues como hemos visto no es necesario que el tribunal superior tenga el expediente a la vista en principio. De ahí que corresponde modificar este punto, pues la exigencia de fundar la orden requiere de un análisis con el proceso a la vista, y debiera exigirse por la ley una fundamentación somera.

4.- En cuanto a la restricción de sus efectos.-

Dice el artículo 192 C.P.C. que, **el tribunal podrá restringir el efecto de la orden de no innovar**, es decir, el de suspender los efectos de la resolución recurrida o la paralización de su cumplimiento.

No cabe duda que es una facultad para el tribunal al conocer en cuenta la solicitud del apelante. Pero, después de concedida la orden y tras fracasar la solicitud de reposición del apelado, ¿ puede éste solicitar la restricción de esos efectos ?. Creemos que la facultad no se extiende también al apelado, porque le basta con que dicha restricción la solicite por la vía de la reposición de la resolución que hizo lugar a la orden, y no es necesario una solicitud aparte.

5.- En cuanto a la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de orden de no innovar y la naturaleza jurídica de la misma.

Si se rechaza la solicitud de dictar orden de no innovar, el recurso sigue su curso en forma normal. Pero, en caso de ser acogida, se paraliza la primera instancia y en particular la ejecución de la resolución impugnada, como efecto principal. Además, el conocimiento del recurso se radica en la sala que conoció la petición de orden de no innovar.

Este segundo efecto, se justifica si se piensa que si el tribunal superior accedió a paralizar el procedimiento ante el tribunal inferior, es porque hay razones que

apremian. Pero, como ya se dijo, en la práctica se distorsionará de tal modo esta institución que por lograr vista preferencial de una causa todos los apelantes esperarán que se dicte orden de no innovar.

La orden de no innovar es una resolución judicial, y por lo tanto le son aplicables las disposiciones pertinentes del título XVII del Libro I del Código de Procedimiento Civil. El problema es determinar su naturaleza jurídica conforme a esas normas para saber si puede o no ser impugnada y de qué modo. Antes, aclaremos que se trata de la naturaleza de la resolución que concede o deniega la orden, y no sólo de la que la acoge.

Tomando como base el artículo 158 C.P.C., tenemos en primer lugar y en forma obvia que no es sentencia definitiva. En cuanto a la sentencia interlocutoria, tenemos que como resuelve un incidente (o sea, una cuestión accesoria al recurso de apelación y que requiere pronunciamiento del tribunal), podríamos llegar a sostener que la resolución que rechaza la solicitud de no innovar posee esta calificación. Sin embargo, creemos que no establece derechos permanentes en favor de las partes, ya que si se rechaza puede solicitarse nuevamente durante el curso de la apelación ante el Tribunal de alzada y aún acogerse, si los nuevos motivos que se invocan dan mérito para ello. Por otra parte, este trámite que el apelante pide, no sirve de base para el pronunciamiento de una sentencia interlocutoria porque tras concederse y ordenarse no se resolverá nada por esta vía; y tampoco sirve de base para el pronunciamiento de

la sentencia definitiva.

En cuanto a si se trata de un auto, podríamos concluir que la resolución que acoge dicha orden tiene esta naturaleza, al pronunciarse acerca de un trámite accesorio a la apelación sin establecer derechos permanentes en favor de las partes; y confirma esta conclusión el hecho de que la resolución que concede una orden de no innovar puede ser dejada sin efecto por el propio tribunal que la concedió si han desaparecido los motivos que se tuvieron en cuenta al otorgarla, y aún, a solicitud del propio apelado que se opuso a esta orden por medio de una reposición.

Para concluir este análisis, no podríamos afirmar categóricamente que se trata de un decreto, providencia o proveído, pues dicha resolución no tiene por objeto el dar curso progresivo a los autos - por lo menos la que hace lugar a la orden-, sino precisamente el paralizar la prosecución del juicio en la primera instancia. Pero una cosa es clara: la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de orden de no innovar no decide ni prejuzga cuestión alguna debatida entre partes, sino que sólo se pronuncia sobre la procedencia o no de un trámite accesorio al recurso de apelación que habrá de producir sus efectos en la primera instancia.

Con todo lo anterior, tenemos que, como la ley no ha negado expresamente el recurso de reposición, éste procede tanto por parte del apelante como del apelado, según se haya o no haya concedido la orden de no innovar.

DESASIMIENTO DEL TRIBUNAL Y EFECTO DEVOLUTIVO

El "desasimiento" es el efecto que producen determinadas resoluciones judiciales y que consiste en que una vez que se ha notificado la resolución a una de las partes, el tribunal que la dictó no podrá modificarla ni alterarla en modo alguno. Estas resoluciones que producen el desasimiento del tribunal son las sentencias definitivas y las interlocutorias.

En otras palabras, el desasimiento del tribunal se traduce en " la pérdida de su función jurisdiccional sobre el juicio " y por ello es que por sí mismo no puede efectuar modificación alguna en la sentencia.

Sin embargo, este principio no es absoluto, admitiendo excepciones en el propio artículo 182 del Código de Procedimiento Civil que lo consagra, además de otras señaladas expresamente por la Ley.

Esa " pérdida de competencia" sobre el juicio producido del desasimiento, se vislumbra claramente en las apelaciones concedidas en el efecto suspensivo - o ambos efectos, en el lenguaje de nuestro código procesal-, en que la competencia corresponde al tribunal de alzada, quedando en suspenso la del inferior, por lo que de ninguna manera podría alterar lo ya resuelto por él.

Tratándose de las apelaciones concedidas en el solo efecto devolutivo, el principio permanece invariable : el Tribunal que dictó una sentencia interlocutoria o definitiva no podrá alterarla en manera alguna. Sin embargo, puede

producirse una situación curiosa: como consecuencia de una apelación de una sentencia interlocutoria - vgr. **la que recibió a prueba la causa-** que a la postre resulta acogida, y por tanto se se modifica dicha resolución, como el Tribunal inferior ha podido válidamente seguir conociendo de la causa, pudo dictar sentencia definitiva, la que tendrá que ser no sólo alterada, sino necesariamnete dejada sin efecto como consecuencia de la resolución del superior que acogió el recurso de apelación en contra de la sentencia interlocutoria -concedido solo en lo devolutivo- y ordenó se retrotrayera la causa al estado anterior a su pronunciamiento. Claro está, que el procedimiento en la primera instancia se ordenará proseguirlo esta vez al subrogante legal correspondiente, ya que al tenor de lo dispuesto en los artículos 195 N° 8 y 196 N° 10, el juez titular se encontrará inhabilitado, al haber manifestado con anterioridad su dictamen sobre la cuestión pendiente.

La situación precedentemente esbozada a modo de ejemplo, no ha sido del todo pacífica: sobretodo cuestionada por lo propios jueces de primera instancia que entendiendo literalmente este principio del desasimio han sostenido - para el caso descrito- que " teniendo presente este principio, corresponde entender que el Tribunal de primera instancia no puede alterar o modificar de manera alguna su sentencia definitiva y en consecuencia, la resolución de alzada, que ha acogido la apelación del auto de prueba, que está por otra parte obligado a cumplir, llenará su objetivo recibíendose la prueba sobre el punto indicado, agregándola

al expediente para que sea considerada en la segunda instancia -apelación de la sentencia definitiva- al tenor de lo expresado por el artículo 431 del C.P.C. En consecuencia, no corresponde retrotraer lo obrado al estado de rendirse la prueba". Este criterio que ha sido no pocas veces expresado en materia de apelación de la sentencia interlocutoria que ordena recibir a prueba la causa -el que posteriormente es acogido- adolece de serios errores: se olvidan los magistrados de que el artículo 431 del C.P.C. se refiere a una situación diversa. En efecto, dicha norma sólo se refiere a la agregación de la prueba, **ya rendida**, a los autos, prueba que necesariamente tiene que haberse rendido en el período probatorio y conforme al auto de prueba correspondiente. Se comete grave error al pretender aplicar una norma sobre agregación de prueba ya rendida, pero no agregada a los autos, a un caso distinto en que **no se ha rendido prueba** precisamente por la negativa del tribunal a recibir la, y que deberá rendirse por orden del superior para fallar la causa en primera instancia considerando dicha prueba. Además, se comete falta grave, susceptible de ser reclamada vía recurso de queja, al negarse a retrotraer la causa al momento en que se dictó la resolución apelada habiéndose acogido el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que recibió a prueba la causa. Si el tribunal de alzada revocó el auto de prueba, modificándolo, lo que corresponde es **retrotraer la causa al momento de rendirse la prueba**. En este sentido se pronunció la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso en fallo pronunciado el 16 de Julio de

1952, estableciendo textualmente lo siguiente "...2º Que se invalida de oficio la sentencia definitiva dictada en la fecha antes indicada, corriente a fs. 41, y se repone esta causa al estado de que la parte demandante rinda la prueba testimonial por ella ofrecida, a cuyo efecto se señalarán por el juez no inhabilitado que corresponda, junto con recibir los autos y **ordenar la prosecución del juicio hasta la dictación de nueva sentencia definitiva**, las audiencias que se estimen necesarias dentro del término especial de prueba, igual al que procedía inicialmente, que otorgará en la misma resolución..."(41). Esta es la misma interpretación que dan al caso descrito los tratadistas y profesores de la cátedra de Derecho Procesal. En efecto, todos son claros en señalar que la jurisdicción que mantiene el juez de primera instancia cuando se concede un recurso de apelación en el solo efecto devolutivo es **condicional**, quedando todo lo actuado con posterioridad a la concesión del recurso subordinado -en su validez y eficacia- a la confirmación del fallo apelado. En caso de revocarse dicho fallo, como ocurrió en el caso que comentamos, queda sin efecto lo actuado con posterioridad. Es decir, **se devuelve la causa al estado que tenía**: así define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el "efecto devolutivo". No habiendo definición expresa en la Ley, estas palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio, que no es otro que el anteriormente citado. Dicho criterio judicial, pues, es abiertamente contrario a los efectos que la Ley le ha señalado a su jurisdicción cuando existe pendiente de fallo un

recurso, concedido en el solo efecto devolutivo.

Por último, cabe concluir que acogiéndose el recurso de apelación concedido sólo en lo devolutivo, y habiéndose seguido adelante la prosecución de la causa ante el tribunal de primera instancia pendiente el recurso, **todos los trámites y actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución recurrida** - y revocada por el Tribunal superior al fallar la apelación- quedan sin efecto, esto es, **son nulos y dicha nulidad se produce de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial alguna**, produciéndose en tal sentido una excepción al estatuto de la nulidad en el derecho chileno, que, como sanción de ineficacia de los actos jurídicos, requiere de resolución judicial que así la declare. Dichos trámites o actuaciones son nulos porque se han producido a partir de una resolución judicial que ha sido dejada sin efecto, y por esta irregularidad **han perdido idoneidad para generar los fines que les son inherentes** y, por lo tanto, carecen de toda protección legal.

La privación de efectos de un acto del proceso **comunica su ineficacia** a todas aquellas actuaciones del mismo que son una consecuencia directa de él. En efecto, los diversos actos formativos del proceso están encadenados entre sí, de manera que hay una íntima relación entre ellos. La resolución modificada o revocada por decisión del Tribunal de alzada, sirvió de antecedente indispensable de los trámites y actuaciones realizadas con posterioridad a la dictación de la resolución recurrida, los que se fueron edificando sobre esta última. De ahí entonces, que la ineficacia de ella no

sólo a ella afecta, sino que se extiende a otras que, aunque válidamente ejecutadas, se han constituido sobre esa actuación.

LA EJECUCION DEL FALLO ANTE EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA Y EL CONFLICTO PRODUCIDO CON LA RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE ALZADA ACOGIENDO EL RECURSO DE APELACION. COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

A través de las líneas siguientes, pretendemos explicar la situación medular que ha llamado nuestra atención al elaborar el presente trabajo, cual es la producida a partir de la apelación del fallo de primera instancia y el conflicto producido entre la ejecución de dicho fallo ante el tribunal inferior y la resolución del tribunal de alzada acogiendo el recurso y revocando la resolución apelada. Este análisis que efectuaremos a la luz de los casos contemplados por la jurisprudencia nacional, habremos de considerarlo en dos aspectos:

- a) en cuanto a los efectos que la revocatoria produce **en el procedimiento**, habiéndose ejecutado la resolución apelada.
- b) en cuanto a los efectos que la revocatoria produce **con respecto a los terceros ajenos al juicio**.

Caso 1. RDJ año 1934, tomo XXXI, 2ª parte, Secc. 1, pág. 551 y siguientes.

Don Enrique Kolbach adquirió de don Alejandro Sepúlveda O.

el "Fundo Marirehue", por escritura pública de fecha 6 de marzo de 1913 otorgada en Angol, e inscrita en el Conservador de Bienes Raíces de esa ciudad, con fecha 26 del mismo mes y año. Por no haber el comprador pagado el precio, se siguió en su contra un juicio ejecutivo por la sucesión del vendedor, juicio durante el cual, por resolución de fecha 1º de Junio de 1915 se ordenó adjudicar al ejecutante el Fundo mencionado, que se encontraba embargado en el juicio, por no haberse podido rematar durante las varias veces que fue sacado a remate, por falta de postores.

Don Enrique Kolbach, apeló de la resolución que ordenó la adjudicación, habiéndole concedido el recurso en lo devolutivo, por resolución de fecha 4 de Junio de 1915. En estas condiciones se otorgó la escritura de adjudicación a favor de la sucesión del ejecutante, de fecha 4 de Septiembre de 1915, inscrita el 29 de Octubre de ese año en el Conservador respectivo.

Estando pendiente el recurso de apelación deducido por el sr. Kolbach, ocurrió que por escritura pública de remate de 3 de Marzo de 1917 inscrita el mismo mes y año, don Julio Sepúlveda adquirió el predio en referencia de la sucesión de don Alejandro Sepúlveda O., por venta en remate que se verificó en juicio ejecutivo seguido por el sr. Sepúlveda contra la sucesión nombrada.

Por escritura pública de 22 de Octubre de 1917, inscrita el mismo mes y año, don Julio Sepúlveda vendió a don Toribio Morales una parte del Fundo Marirehue y por escritura pública de 29 de Marzo de 1919, inscrita ese mismo año, don

Julio Sepúlveda vendió a don Juan Frávega otra parte del Fundo Marirehue.

Por resolución de segunda instancia de fecha 12 de Septiembre de 1922, se revocó la resolución de fecha 1º de Junio de 1915 y se declaró que " No ha lugar por ahora la adjudicación solicitada por el ejecutante ", o sea, a la adjudicación que había ordenado aquella resolución de fecha 1º de Junio de 1915, y en cumplimiento de la cual se había otorgado a favor de la sucesión de don Alejandro Sepúlveda O. la escritura de adjudicación en pago de fecha 4 de Septiembre de 1915.

Como consecuencia de esa revocatoria, se pidió y se decretó la cancelación de la escritura de adjudicación de fecha 4 de Septiembre de 1915 y su respectiva inscripción.

En virtud de dichos antecedentes, don Enrique Kolbach dedujo demanda en contra de don Julio Sepúlveda, contra de don Juan Frávega y contra don Toribio Morales, y solicitó a) se declarare nula la adjudicación y posteriores ventas de la propiedad mencionada de la sucesión Sepúlveda a Julio Sepúlveda, de Julio Sepúlveda a Juan Frávega y a Toribio Morales;

b) Se ordenare la cancelación de las inscripciones de dominio a nombre de los demandados;

c) La restitución por los demandados de la propiedad en toda su extensión; y

d) Se le indemnicen los perjuicios ocasionados con la privación del inmueble por el tiempo que lo han poseído los demandados.

La sentencia de primera instancia pronunciada por el juez de Angol, con fecha 3 de Mayo de 1929, desechó las excepción de prescripción opuesta a la demanda y dió lugar a la cancelación de las inscripciones de dominio de los demandados, y ordenó la restitución de la propiedad al demandante en toda su extensión, según los títulos que éste exhibió, desechando las demás peticiones de la demanda.

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco por sentencia de 20 de Diciembre de 1930, la revocó en la parte que desecha la petición de la demanda en orden a dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, sólo en cuanto a que la reserva de derechos se refiere a los daños y perjuicios producidos despúes de la notificación de la demanda y confirmó la referida sentencia en lo demás que fue apelada.

Dicho fallo se fundó, principalmente, en los considerandos que se transcriben textualmente:

"4º Que de los hechos expuestos en el considerando 1º de este fallo, se desprende que la sucesión de don Alejandro Sepúlveda O. adquirió el dominio del Fundo Marirehue de don Enrique Kolbach, **sometido a la condición resolutoria de revocarse la resolución de fecha 1º de Junio de 1915**, que dentro de la ejecución seguida en su contra, ordenó adjudicar el mencionado predio a la sucesión Sepúlveda ejecutante".

"5º Que esta **condición** se cumplió después del 12 de Septiembre de 1922, fecha de la resolución de segunda instancia que revocó la que ordenó la adjudicación."

"6º Que estando pendiente el cumplimiento de la resolución, ha permanecido subsistente el derecho de la sucesión adjudicataria, la cual, por tanto, **ha podido disponer válidamente del predio**; y habiéndose verificado las transferencia sucesivas, también **antes** del cumplimiento de esa condición, y aún dando desde luego por establecido que dicha condición hubiera afectado a los sucesores de la sucesión Sepúlveda en el dominio del predio, estas transferencias, o sea, de la sucesión Sepúlveda a don Julio Sepúlveda y la de éste a favor de Frávega y Morales, han sido también válidas".

"7º Que, sin embargo, desprendiéndose de los considerandos precedentes que la condición a que estaba sometido el dominio adquirido por la sucesión Sepúlveda, constaba de la escritura pública de remate, las transferencias hechas a favor de don Julio Sepúlveda, Juan Frávega y Toribio Morales **pueden resolverse** por esa circunstancia después de cumplida la condición y exigirse de ellos la restitución del predio".

"8º Que por haberse cancelado la escritura de remate otorgada a favor de la sucesión Sepúlveda y su respectiva inscripción, a virtud de la cual se había cancelado la inscripción del dominio de don Enrique Kolbach sobre el predio en referencia, se ha revalidado esta inscripción, lo que lleva a la conclusión de que el demandante recuperó su derecho de dominio".

"9º Que siendo don Enrique Kolbach el dueño del Fundo Marirehue, la posesión de él la tienen los demandados".

"10º Que de lo expuesto, se desprende que el demandante carece de dercho para exigir indemnización de perjuicios derivados de la privación del inmueble, mientras esta privación era consecuencia del legítimo derecho de dominio que ejercitaban los poseedores y hasta la fecha en que se cumplió la condición resolutoria".

"11º Que después de cumplida esa condición, sólo puede exigirse indemnización de perjuicios después de haber incurrido en mora los demandados, hecho que en el presente caso ha ocurrido solamente desde el momento en que les fué notificada la demanda ".

Contra esta sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, se interpuso por don Julio Sepúlveda y don Juan Frávega, recurso de casación en la forma y en el fondo, que fueron conocidos por la Excma. Corte Suprema. El de casación en la forma, fundado en la causales de ultrapetita y de omisión de alguno de los requisitos del artículo 170 del C.P.C., fué rechazado ya que a juicio del Excmo. Tribunal no hubo vicio que motivara la causales del recurso invocadas.

El de casación en el fondo, se fundó en que se infringieron los artículos 1479, 1487, 1488, y 1489 del Código Civil por haber hecho surtir efectos de pleno derecho a la condición resolutoria tácita aplicándola a terceros que no les empecía, y no habiéndose deducido en el pleito la acción de resolución de la venta que se hizo de Kolbach a la Sucesión Sepúlveda y ésta ni siquiera es parte, por lo cual se infringieron los artículos 577, 578, 1496 y 1491 del C.C. dándole carácter de acción real a una enteramente personal.

También se suponen infringidos los artículos 686 y 728 del C.C., porque aunque se haya cancelado la inscripción de la venta forzada de Kolbach a la sucesión Sepúlveda ello no tenía la virtud de hacer revivir la inscripción del actual demandante, desde que ya la propiedad estaba inscrita a nombre de terceros que son los propietarios actuales. Los artículos 704, 717, 1489, 1491, 893, 895, 904 y 905 del C.C., también se han infringido, porque el título inscrito para los actuales demandados comienza con ellos y nada tienen que ver con el de la sucesión Sepúlveda, el cual por lo demás es justo título. Y si fuera putativo a virtud de la condición resolutoria aludida, para que ésta surtiera efectos era necesario que la resolución fuera judicialmente pronunciada; antes, el derecho era perfecto, puro y simple, y por consiguiente, corría la prescripción adquisitiva la cual jamás ha estado interrumpida por una condición que la Ley no contempla.

Fallando el Recurso de casación en el fondo, la Excm. Corte Suprema, consideró:

"3º Que es verdad que el actor - E. Kolbach- obtuvo en aquella apelación concedida en lo devolutivo se declarara sin lugar la adjudicación que había radicado el dominio en la sucesión Sepúlveda desde 1915, y obtuvo a la vez en 1924 la cancelación de esta inscripción, pero cuando ya la referida sucesión **sin mediar prohibición había transferido el dominio incondicional a los demandados**, quienes lo inscribieron en Marzo de 1917; por lo tanto, es de observar que la diligencia que destruyó esa inscripción no revivió la

del solicitante, **pues no abarcó la de los terceros** y se llevó a cabo cuando aquélla había dejado de ser propietaria inscrita por la transferencia forzada ya dicha, y en consecuencia, esa diligencia no operó por sí sola sobre las otras inscripciones posteriores ni importó siquiera una interrupción, al tenor de los artículos pertinentes, contra terceros que ni habían sido oídos sobre el particular: así lo revela también la verdad de los hechos, supuesto que hasta ahora rigen estas inscripciones que ni intentó el demandante cancelarlas en esa otra ocasión".

"4º Que fluye de las consideraciones anteriores que los demandados gozan sobre la propiedad en litigio de posesión regular, tranquila e ininterrumpida, ostentando un título justo que no exhibe condición alguna, y es un hecho de la causa que está inscrito desde el trece de Marzo de 1917 y la demanda fué interpuesta el 9 de Junio de 1927, es decir, después de transcurridos más de diez años de esa posesión y sabido es que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho;"

"5º Que, por otra parte, en el juicio seguido por la sucesión Sepúlveda contra el actual demandante -E. Kolbach-, el juez de la causa adjudicó a la ejecutante el bien raíz materia de este pleito, radicando así en ella el dominio con justo título que le daba perfecto derecho para enajenar sin vicio de nulidad como se pretende obtener ahora, no obstante la apelación concedida en lo devolutivo contra el decreto que ordenó esa adjudicación; "

"6º Que en efecto, estudiando los casos más atinentes, ese recurso no tiene ninguna característica capaz de hacer degenerar el título en injusto, supuesto que no importa prohibición que signifique nulidad, ni lo transforma en meramente putativo. Las apelaciones en lo devolutivo tienen, precisamente, la virtud de no suspender los efectos de lo resuelto permitiendo gozar del derecho concedido desde cuando se otorga en primera instancia; y si bien la revocatoria, retrotrae los hechos, ello es en cuanto no hieren los derechos de terceros legítimamente adquiridos en el intertanto por no haber existido medida alguna que impidiera consolidar el dominio en sus manos, y sin haber estos litigado sobre el particular no les empece lo resuelto; sin perjuicio, en tal evento, de nacer entre aquellos otros litigantes derecho a las indemnizaciones consiguientes. En el supuesto que ese recurso importara lisa y llanamente una condición de las que dan derecho contra terceros, habría sido menester un juicio para declarar cumplida esa condición, y no se ha instaurado otro fuera del actual que pretende la nulidad de las ventas forzadas hecha por la sucesión Sepúlveda sin ser ésta demandada. La susodicha apelación es una simple modalidad; aún aceptándola como condición, tampoco enerva el dominio con facultad para enajenarlo sin fraude ni vicio en el acto o contrato, desde que por expresa disposición de la Ley se le puede transferir bajo condición suspensiva o resolutoria; se confirma este principio al manifestarse que en esa situación no podría resolverse la enajenación sino cuando consta en el título

respectivo, de manera que tampoco es dable considerar ese título de meramente putativo, o sea, como sinónimo de aparente por aquella circunstancia que está muy lejos de quitarle la realidad de propietario verdadero y no deja de revelar un un dominio efectivo. Y si bien tal apelación en lo devolutivo consiguió dejar sin efecto la referida adjudicación, no se fundó en ninguno de los capítulos de nulidad que importan hacer el título injusto y dar acción reivindicatoria contra terceros poseedores, según se desprende de los preceptos pertinentes..."

"8º Que en estas condiciones y en armonía con lo sostenido en los considerandos anteriores nada perturba el derecho alegado oportunamente por los demandados para estimar producida a su favor la prescripción adquisitiva de la propiedad en litigio, y al no hacerlo, la sentencia recurrida ha quebrantado los preceptos en estudio con influencia sustancial en lo dispositivo, desde que procedía acoger la mencionada excepción".

Finalmente, la Excma. Corte Suprema, haciendo lugar al recurso de casación en el fondo, anula y reemplaza la sentencia de 20 de Diciembre de 1930, declarando en la nueva sentencia que " Se revoca la sentencia apelada de 3 de Mayo de 1929 y se declara que ha lugar a la excepción de prescripción alegada, y por consiguiente, se desecha la demanda siendo innecesario pronunciarse sobre las demás peticiones de las partes ".



Caso 2: RDJ año 1974, Tomo LXXIV, Segunda Parte, Secc.1ª, páginas 108 y siguientes.

Doña Myrna Eliana Cobián Serka dedujo en contra de su marido don Rudy Alfredo Barría Rodríguez, querrela de restitución respecto del inmueble Departamento 301 de calle Banco de Chile Nº 3815, de la Comuna de Ñuñoa, la que fue conocida por el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, el que por sentencia de primera instancia de fecha 19 de Enero de 1973 acogió la querrela posesoria de restitución, declarando que el demandado debía restituir el inmueble objeto de la litis, dentro de tercero día de ejecutoriado el fallo.

Apelada la sentencia y pendiente el recurso de apelación concedido en el solo efecto devolutivo, a petición de la actora se dispuso su cumplimiento, efectuándose el lanzamiento del demandado y la entrega del inmueble a la demandante el 5 de Julio de 1973.

Con posterioridad, se dictó sentencia de segunda instancia de fecha 16 de Agosto de 1973, por la cual se revocó la de primer grado y se decidió el rechazo de la demanda.

Devueltos los autos a primera instancia, la parte demandada solicitó que se ordenara cumplir dicho fallo conforme a los artículos 233 y siguientes del C.P.C., haciendo presente sin embargo, que por tratarse de una sentencia que rechaza la demanda, su cumplimiento sólo importa **restituir las cosas al estado anterior.**

Dentro del plazo de la citación concedida, la

demandante se opuso al cumplimiento solicitado " en lo que atañe a un posible lanzamiento ", porque la sentencia de alzada rechazó su demanda sólo porque ella no fue privada violentamente de la posesión del inmueble objeto del litigio, pero ha reconocido su dominio y también que ha sido adquirido con su patrimonio profesional; de todo lo cual fluye que el demandado no es sino un mero tenedor que ha perdido la tenencia de una cosa en beneficio de su única y legítima dueña que actualmente se encuentra en posesión del bien ". El Tribunal desechó de plano la oposición, según resolución de fecha 18 de Octubre de 1973, solamente en razón de que cuando se solicita el cumplimiento de una sentencia ante el mismo Tribunal que la dictó, las únicas excepciones procedentes son las previstas en el artículo 234 del C.P.C. y que las alegaciones de la demandante no corresponden a ninguna de dichas excepciones.

Se dedujo recurso de queja por la demandante contra el Juez de primera instancia, pidiendo que no se diera lugar al cumplimiento del fallo decretado por dicho tribunal en cuanto al lanzamiento ordenado, recurso que fue desechado por la mayoría de una de las Salas de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, la que fue apelada por la misma parte para ante la Excma. Corte Suprema.

La Excma. Corte Suprema en fallo dictado con fecha 10 de Julio de 1974, acogió el recurso de apelación deducido por la demandante y revocó la resolución apelada de fecha 4 de Enero de 1974, y resolvió que " se acoge el recurso de queja interpuesto por doña Myrna Cobián Serka, sólo en

cuanto dejándose sin efecto la resolución de 18 de Octubre de 1973, que rechazó de plano la oposición deducida, se la acoge, declarándose que el cumplimiento de la sentencia de segunda instancia no puede tener el efecto de privar a la recurrente del goce u otros derechos que puedan corresponderle en el inmueble de que se trata ", siendo sus principales considerandos, los siguientes:

"2º Que es inconcuso que el procedimiento incidental de ejecución contemplado en los artículos 233, 234 y 235 del C.P.C. sólo se refiere a las sentencias de condena, o sea, a aquellas que junto con declarar un derecho a favor del demandante imponen a la otra parte una determinada prestación; mientras que la dictada en segunda instancia en el juicio posesorio de autos tiene el carácter de meramente **declarativa**, puesto que se concretó a rechazar la querrela por que las circunstancias alegadas por la demandante no pueden calificarse como despojo de la posesión del inmueble de que se trata".

"3º Que en las condiciones expuestas, al rechazar el juzgado la oposición de la recurrente sra. Cobián, únicamente en virtud de la norma restrictiva que establece el citado artículo 234, se ha apartado de la recta aplicación de la Ley y le ha causado con ello un agravio que debe tener pronto remedio, pronunciándose este Tribunal sobre el fondo de la incidencia".

"4º Que la sentencia de primera instancia en el presente juicio posesorio es de aquellas que "**causan ejecutoria**", de manera que su cumplimiento pendiente el recurso de apelación

deducido en contra suya fue **simplemente provisorio y tuvo un carácter condicional**; y siendo así, revocado como fué dicho fallo, **deberían naturalmente retrotraerse las cosas al estado anterior a su pronunciamiento** ".

"6º Que en mérito de los antecedentes expuestos, no resulta legítimo que la aludida sentencia cuyo cumplimiento se pretende, tenga el efecto de restablecer al marido demandado en la tenencia del referido inmueble, con exclusión absoluta del goce u otros derechos que puedan corresponder a su cónyuge con arreglo a las disposiciones de los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil, y mientras no se decida en definitiva si efectivamente constituye un bien reservado de esta última".

Pertinente es aquí, transcribir parte de la prevención efectuada por el Ministro Sr. Correa que reviste gran interés en nuestra materia:

"8º Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.C., " Cuando la apelación procede sólo en el efecto devolutivo, seguirá el Tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, inclusa la ejecución de la sentencia definitiva ", y como este mismo efecto permite al Tribunal Superior conocer del recurso de apelación interpuesto, **las actuaciones del inferior quedan sometidas a lo que resuelva el superior, manteniéndose en forma definitiva si la resolución se confirma o quedándose sin efecto si se revoca.**

Pues bien, en este caso, el Tribunal revocó el fallo de primera instancia, y de consiguiente, **quedó sin efecto el**

cumplimiento de la sentencia decretada antes de fallarse el recurso de apelación, y asiste todo derecho al demandado para pedir se lo restituya en la posesión del bien. De otro modo, el demandado ha ganado el pleito y se encuentra imposibilitado para recuperar la posesión mediante el cumplimiento de la sentencia que le favorece; y, en cambio, la demandante se mantiene en la posesión, no obstante que la sentencia desechó su pretensión de recuperarla".

"9º Que no resulta adecuado ordenar el cumplimiento de la sentencia de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 233 del C.P.C., porque aquella no se comprende en ninguno de los casos contemplados en el artículo 235 del mismo cuerpo de leyes, en que aquel procedimiento sirve; ni tampoco se trata del caso contemplado en el artículo 257, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 258 del citado código, " Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento", y para esto, como lo sostiene el voto disidente, puede acudir a la tramitación incidental para decretar con conocimiento de causa las medidas o disposiciones conforme a las cuales ha de cumplirse el fallo.

En virtud de estas consideraciones, concurre también a revocar la resolución apelada, dejar sin efecto la resolución de 18 de Octubre de 1973 y declarar que dicha petición debe ser tramitada en forma incidental, dictando el juez la providencia respectiva, y resolviendo después lo que

fuere procedente ".

Caso 3: RDJ, año 1952, Tomo LII, Segunda parte, Sec. 2ª, página 98 a 100.

Otro caso sobre la materia que fué resuelto jurisprudencialmente, es aquel que se presentó respecto de una demanda en juicio sumario por cobro de honorarios que Don Victorio Pescio Vargas dedujo en contra de don Juan Mesina ante el 2º Juzgado Civil de Valparaíso. En dicho juicio, el señor Juez de la causa dictó sentencia definitiva con fecha 20 de Octubre de 1951, en cuya virtud acogió la excepción de prescripción opuesta por el demandado y negó lugar, con costas, a la demanda deducida.

En dicho juicio, el juez de primera instancia había tenido por no presentado el escrito de minuta de puntos de prueba y lista de testigos correspondientes al demandante. Apelada esta resolución, y concedido el recurso en el solo efecto devolutivo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso la revocó por resolución del 9 de Mayo de 1952.

Pendiente el recurso de apelación contra la referida sentencia, la demandada promovió en la segunda instancia un incidente por medio del cual solicitó que se le señalare al actor un plazo de diez días para que rindiera ante la Corte la prueba testimonial que no pudo rendir en primera instancia, por la razón antedicha, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 207 del C.P.C., petición que fue rebatida por el demandante, insinuando en cambio que la

sentencia pronunciada en las circunstancias más arriba anotadas adolecía de un vicio de casación en la forma.

La Corte fallando el recurso de apelación, consideró que:

"1º Que la solicitud de fs. 50 no proviene de la parte en cuyo favor concede el artículo 207 la facultad en cuestión, fuera de que esta disposición se refiere a una situación diversa a la de autos, en que se declaró **inadmisible** dicha prueba sin el necesario fundamento legal".

"2º Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 795 del C.P.C., son trámites o diligencias esenciales en primera instancia en los juicios especiales, como el de que aquí se trata, entre otros, " la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión ", lo que constituye precisamente el caso ocurrido en este juicio, de acuerdo con los antecedentes analizados".

"3º Que pueden los tribunales invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes de que actualmente conocen revelen algún vicio susceptible de ser enmendado mediante el recurso de casación en la forma. Se declara :

"2º Que se invalida de oficio la sentencia definitiva pronunciada en la fecha antes indicada, y **se repone esta causa al estado de que la demandante rinda prueba testimonial por ella ofrecida**, a cuyo efecto se señalarán por el juez no inhabilitado que corresponda, junto con recibir los autos y ordenar la prosecución del juicio hasta el pronunciamiento de nueva sentencia definitiva, las audiencias que se estimen necesarias dentro del término

especial de prueba, igual al que procedía inicialmente, que otorgará en la misma resolución ".

En este caso, si bien el tribunal de alzada optó por casar la sentencia, a la misma conclusión habría llegado si acoge el recurso de apelación revocando la resolución de primera instancia que no dió lugar a la recepción de la prueba testimonial, ya que esta última causó ejecutoria, pudo cumplirse a pesar del recurso pendiente en su contra, y es así como llegó a pronunciarse la sentencia definitiva en la causa. Pero, a consecuencia de la orden del Tribunal de reponer la causa al estado anterior al pronunciamiento de la resolución impugnada, todo lo obrado con posterioridad quedó sin efecto, ya que tenía un carácter condicional, esto es, dependía del hecho futuro e incierto que el Tribunal superior acogiera el recurso.

De los fallos pronunciados por nuestros más altos tribunales, y cuyos fundamentos pertinentes a nuestro estudio hemos transcrito, se pueden extraer las siguientes **conclusiones:**

A.- Efectos que produce la revocatoria en el procedimiento, habiéndose ejecutado la resolución apelada.

Si la resolución de primera instancia apelada en lo devolutivo, se revoca o modifica, el procedimiento deberá **retrotraerse** total o parcialmente al estado que tenía antes de la dictación de dicha resolución. Todo lo obrado con posterioridad a esa resolución, que se encontraba bajo la condición resolutoria de acogerse el recurso deducido en su

contra, **queda sin efecto de pleno derecho** como consecuencia de aquel " **volver atrás** " en el estado de la causa.

Dicha nulidad de todo lo obrado con posterioridad al pronunciamiento de la resolución cuya apelación se acogió, **no requiere de declaración judicial que expresamente la reconozca**, ya que por la propia naturaleza del Recurso de Apelación concedido en esta forma, todo lo actuado por el juez inferior -pendiente la apelación concedida en el solo efecto devolutivo- está subordinado -en su validez y consecuencias- a lo que resuelva el Tribunal de alzada, respecto del recurso: Si lo desecha, es decir, si confirma totalmente la resolución de primera instancia, lo actuado por el inferior con posterioridad a la concesión del recurso va a quedar a firme; a su turno, si se revoca o modifica la resolución de primera instancia, las cosas deberán retrotraerse naturalmente al estado anterior a su pronunciamiento.

Y a este respecto, no se puede invocar desasimiento, ya que la modificación o alteración consecencial de la sentencia -cuyos efectos se produjeron provisoriamente dada la condición resolutoria que le afectaba-, se va a producir por orden o mandato del tribunal superior, que es diverso a aquél que la pronunció, y que en cuyo examen ha llegado a concluir que existe agravio susceptible de ser resarcido mediante la revocación o modificación de la resolución apelada.

B) **Efectos que produce la revocatoria en relación con los**

terceros que celebran actos y contratos de que resultan derechos definitivamente constituídos

Es principio general del Derecho Procesal chileno la "**Relatividad de las resoluciones judiciales**, desde que sus efectos sólo alcanzan a las partes del juicio, no pudiéndose exigir su cumplimiento respecto de los terceros ajenos a él, a quienes no les empece lo resuelto por no haber litigado sobre el particular. Así lo consagra el artículo 3º del Código Civil, al disponer en su inciso 2º que " Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren ". Incluso, nuestro legislador procesal ha contemplado expresamente la excepción de " **no empecerle la sentencia** " para el tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo. (art. 234 del C.P.C.)

Como las apelaciones en lo devolutivo no suspenden los efectos de lo resuelto, permiten gozar del derecho concedido desde cuando se otorga en primera instancia; pero, si bien la revocatoria retrotrae los hechos, ello es en cuanto no hieren derechos de terceros legítimamente adquiridos en el intertanto, ya que la apelación en lo devolutivo es una simple **modalidad** que viene a alterar los efectos que normalmente se producen a consecuencia de la ejecución de lo resuelto: lo normal es que esta ejecución quede a firme, sin sujeción a condición alguna. Excepcionalmente, esta ejecución de lo resuelto, será **provisional** ya que quedará sujeta a una condición resolutoria cuyo cumplimiento importa la extinción de un derecho otorgado por una resolución

judicial dictada en primera instancia, y que ha sido impugnada por un recurso procesal, pero que mientras tanto puede cumplirse porque causa ejecutoria de conformidad a la Ley: el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de ese derecho otorgado en la primera instancia, es que el tribunal superior acoja el recurso de apelación, revocando la resolución impugnada cuya ejecución se solicitó por el apelado.

El restablecimiento de las cosas al estado anterior al pronunciamiento de la resolución impugnada, efecto primordial de la revocatoria, sería impracticable en todos aquellos casos en que en el tiempo intermedio entre la dictación de la resolución y el pronunciamiento del tribunal de alzada acogiendo el recurso, una de las partes hubiera contratado con un tercero enajenando la cosa o derecho que por la resolución de primera instancia se le otorgó: el tercero podría desentenderse de la sentencia que acogió el recurso, desconocerla y no acatarla, puesto que él no ha sido parte en el juicio en que dicha sentencia se ha pronunciado, asilándose en el inciso 2º del artículo 3 del Código Civil.

De todos modos, revocada la sentencia en cuya virtud una de las partes se había creído dueña, y en ese carácter, enajenó la cosa o derecho por ella otorgada, resulta que la enajenación debe reputarse de cosa o derecho ajeno, desde que por la revocatoria se ha extinguido ese derecho.

Sabido es que " la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores ", y

hemos dicho que como consecuencia de la revocatoria queda **nulo** todo lo obrado con posterioridad a la resolución apelada en lo devolutivo - y que a la postre resultó ser revocada-; pero habiendo mediado la intervención de terceros ajenos al juicio que se han relacionado jurídicamente con las partes de él, ello es sin perjuicio de los derechos del verdadero titular de ese **derecho concedido condicionalmente**, cuya principal prerrogativa es el poder reivindicarlo.

Interpretando analógicamente las disposiciones de la nulidad, tenemos que la sentencia revocatoria que pronunció el tribunal de alzada acogiendo el recurso de apelación concedido sólo en lo devolutivo, **también afecta a los terceros**, cuyos derechos se constituyeron bajo el imperio de una resolución cuyos efectos eran **condicionales** a causa del recurso: como consecuencia de la nulidad de todo lo obrado con posterioridad al pronunciamiento de la resolución cuyos " efectos " se encontraban en entredicho, el procedimiento se retrotrae al estado anterior, y las cosas van a ser restablecidas al mismo estado en que se hallarían como si nunca se hubiera dictado esa resolución.

Lo anterior es, también sin perjuicio de que los terceros, en el intertanto, mientras la sentencia apelada causó ejecutoria, hayan podido adquirir esos derechos por el transcurso del tiempo, ya que conocida es la regla que reza " Toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho ". En ese caso, los efectos de la revocatoria no podrían cumplirse a cabalidad, ya que no se podría reclamar su cumplimiento

respecto de esos terceros por haberse constituido definitivamente sus derechos, lo cual es sin perjuicio de que, en tal evento, nazcan entre los litigantes derecho a las indemnizaciones consiguientes.

B I B L I O G R A F I A

- Alsina, Hugo. " Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial". Ediar. Buenos Aires. 1956-1965.
- Allorio, Enrico. "Problemas de Derecho Procesal ". EJEA. Buenos aires. 1963
- Anabalón Sanderson, Carlos. " Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno". 2 v.Ediciones de la U. de Chile. Santiago. 2ª Edición. 1966
- Benavente, Darío. " Derecho Procesal : Juicio Ordinario y Recursos Procesales ". Editorial Jurídica de Chile. 1984.
- Calamandrei, Piero. "Estudios sobre el proceso civil".Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1961
- Calamandrei, Piero. "La Casación Civil". 3 v.Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.1961
- Carnelutti, Francesco. " Instituzioni del nuovo procedimento civile italiano ". Roma 1943
- Celis Zegarra, Fernando. "De los efectos de la interposición de los recursos procesales en el cumplimiento de las resoluciones judiciales". Memoria 1939
- Cofré M., Carlos. "Los Recursos legales. Recurso de Apelación y de Hecho ". Memoria. 1928. Santiago.
- Contreras Miranda, Jaime. " El recurso de apelación y las modificaciones de la ley 18.705 ". Memoria U.C. Valpo. 1989
- Contreras Muñoz, Carlos. " Antecedentes históricos del Recurso de Apelación ". Memoria.1987. U. de Chile
- Couture, Eduardo J. "Estudios de Derecho Procesal Civil ". Editorial Depalma. Buenos Aires. 1979
- Couture, Eduardo J. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil".Editorial Depalma. Buenos Aires. 1981
- Couture, Eduardo."Introducción al estudio del proceso civil". Depalma. Buenos Aires. 1953
- Chiovenda, Giussepe. " Principios de Derecho Procesal civil". Madrid. Editorial Reus. 1922
- Devís Echandía, Hernando." Nociones Generales de Derecho Procesal Civil". Editorial Aguilar S.A. Madrid. 1966

- Espinoza Solís de Ovando, Alejandro: "De los Recursos Procesales en el Código de Procedimiento Civil". Editorial Jurídica de Chile. 6ª Edición. 1985.
- Goldschmidt, Jaime. " Derecho Procesal Civil ". Barcelona. Editorial Labor. 1936.
- González Alvarado, Mario. " Síntesis de los recursos procesales. Materia Civil y Penal". Memoria. 1947
- González solar, Alfredo. " Del recurso de apelación, del adherimiento y del recurso de hecho". Memoria. 1929
- Kohler. " Prozess als Rechtsverhältniss " 2 v.
- Mortara, Lodovico. "Commentario del codice e delle Leggi di Procedura Civile". Napoli. 1945
- Pavanini. " Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio". Padova, 1937.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia.
- Rocco, Ugo." Tratado de Derecho Procesal Civil". Buenos aires. Editorial Depalma. 1976-83
- Seminarios Reforma de la Ley Nº 18.705. Colegio de Abogados de Chile. 1989
- Sepúlveda Alamos, Luis F. "El Recurso de Apelación ante la jurisprudencia". Memoria. 1948
- Vassalli " La sentenza condizionale". Milán. 1964
- Vescovi, Enrique. "Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica". Depalma. Buenos Aires. 1988
- Zapata Díaz, Ximena. " Estudio crítico de la jurisprudencia al Código de Procedimiento Civil. Recurso de apelación en la primera instancia, artículos 186-189 ". Memoria. 1980

I N D I C E

INTRODUCCION..... pág. 1

CAPITULO I : CUESTIONES PRELIMINARES

A.-Estado de las resoluciones Judiciales

y su vinculación con los recursos..... pág. 6

B.-Recurso Judicial..... pág. 8

Recurso de Apelación..... pág. 16

Recurso de Apelación y el Concepto de

Instancia.....pág. 21

Disposiciones Legales que regulan el Recurso

de Apelación.....pág. 28

CAPITULO II: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A.- Efectos en que se concede el Recurso de

Apelación.....pág. 29

Vinculación del Recurso de Apelación con el

Recurso de hecho.....pág. 35

B.- Importancia y Consecuencias Jurídicas, en

el Procedimiento, de la concesión en el solo

efecto devolutivo.....pág. 36

Trascendencia del Recurso de Apelación frente

a los derechos de las partes y la Competencia

de los Tribunales de ambas instancias.....pág. 49

El efecto devolutivo en el cumplimiento de

las resoluciones judiciales. La doctrina

nacional y extranjera.....pág. 57

La orden de no innovar y sus características .pág. 77

Desasimiento del Tribunal y efecto devolutivo.pág. 87

La ejecución del fallo ante el tribunal de

primera instancia y el conflicto producido

con la resolución del tribunal de alzada aco-

giendo el recurso de apelación. Casos presen-

tados por la jurisprudencia nacional.....pág. 92

CONCLUSIONES.....pág.109

a) Efectos que produce la revocatoria, en el procedimiento habiéndose ejecutado la resolución apelada.

b) Efectos que produce la revocatoria en relación con los terceros que celebran actos y contratos de que resultan derechos definitivamente constituidos.

Bibliografía.....pág.115

Indice.....pág.119

