



TESIS UANCV



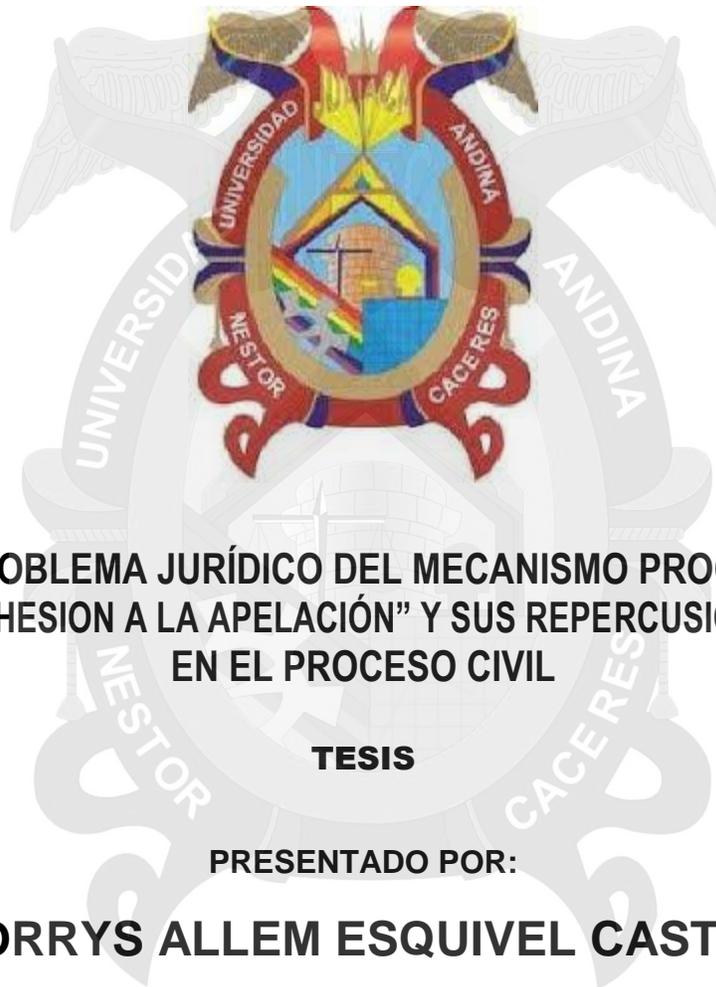
UNIVERSIDAD ANDINA  
"NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"

**UNIVERSIDAD ANDINA**

**"NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS**

**CARRERA ACADEMICO PROFESIONAL DE DERECHO**



**EL PROBLEMA JURÍDICO DEL MECANISMO PROCESAL  
"ADHESION A LA APELACIÓN" Y SUS REPERCUSIONES  
EN EL PROCESO CIVIL**

**TESIS**

**PRESENTADO POR:**

**MORRYS ALLEM ESQUIVEL CASTRO**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**JULIACA – PERÚ**

**2015**



**UNIVERSIDAD ANDINA**  
**"NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ"**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS**  
**CARRERA ACADEMICO PROFESIONAL DE DERECHO**  
**EL PROBLEMA JURÍDICO DEL MECANISMO PROCESAL**  
**"ADHESION A LA APELACIÓN" Y SUS REPERCUSIONES**  
**EN EL PROCESO CIVIL**

**TESIS**

PRESENTADO POR:

**MORRYS ALLEM ESQUIVEL CASTRO**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO : .....  
Dr. JOSÉ DOMINGO CHOQUEHUANCA CALCINA

PRIMER MIEMBRO DEL JURADO : .....  
Dr. NESTOR BARRANTES SANCHEZ

SEGUNDO MIEMBRO DEL JURADO : .....  
Mgtr. ANDRES CARITA QUISPE



## INDICE

DEDICATORIA  
RESUMEN  
ABSTRAC  
PRESENTACION  
INTRODUCCION

## CAPITULO I

### DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

I.	EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	09
1.1.	TITULO DE LA INVESTIGACIÓN	09
1.2.	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	09
1.3.	INTERROGANTES DEL PROBLEMA	10
II.	OBJETIVOS	
2.1.	Objetivo General	12
2.2.	Objetivo Específico	12
III.	JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	12
IV.	MARCO TEORICO	
4.1.	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	13
4.2.	MARCO TEORICO	13
4.2.1	LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS	13
4.2.2	EL RECURSO DE APELACIÓN	18
4.2.3	LOS PRINCIPIOS DE PERSONALIDAD Y COMUNIDAD DE LA APELACIÓN	25
4.2.4	EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM"	28
4.2.5	LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS	32
4.2.6	LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN	37
4.2.7	EL PROBLEMA DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN	49
V.	HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	
5.1.	HIPOTESIS	58
5.2.	VARIABLES E INDICADORES	58
VI.	METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION	59
6.1.	METODO DE LA INVESTIGACION	59
6.2.	TIPOLOGIA DE LA INVESTIGACION	61
6.3.	FUENTES, INSTRUMENTOS Y TECNICAS	62
6.4.	DETERMINACION DEL AMBITO, UNIVERSO Y MUESTRA	63
6.5.	TRATAMIENTO DE LA INFORMACION	
6.5.1.	UTILIZACIÓN DEL PROCESADOR COMPUTARIZADO	64



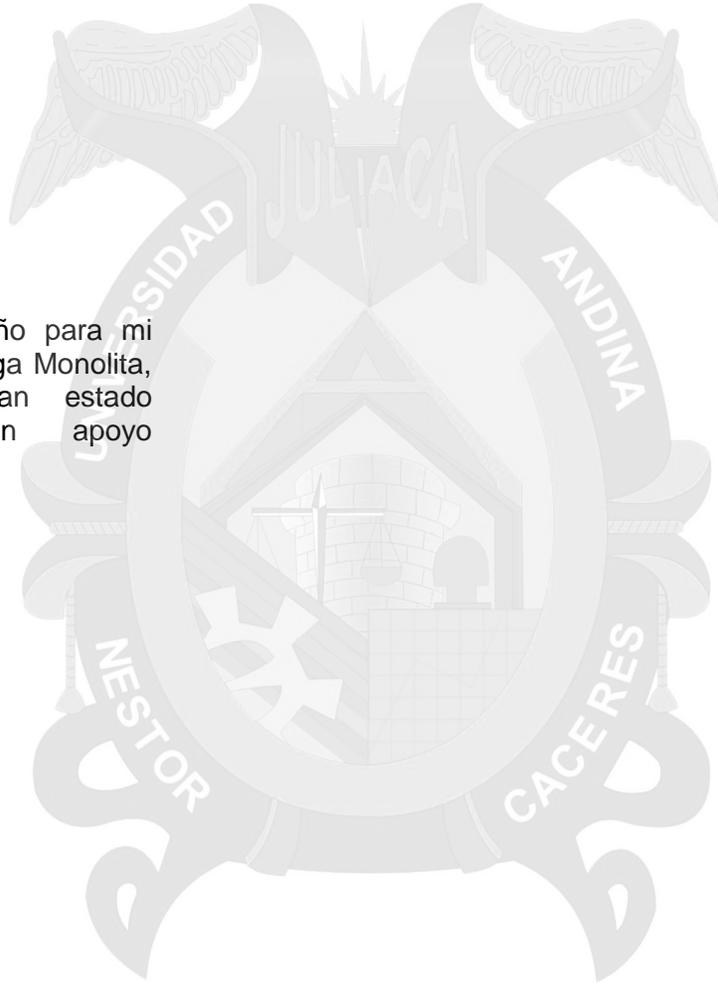
## CAPITULO II

### CONSIDERACIONES HISTÓRICAS DEL RECURSO DE ADHESION A LA APELACIÓN

2.1. EVOLUCION HISTORICA	65
2.1.1 LA REFORMA INTRODUCIDA POR JUSTINIANO	66
2.1.2 ORIGEN REMOTO DEL INSTITUTO DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN	
2.1.3 LA APELACIÓN COMO UN REMDIO COMÚN	69
2.1.4 LOS PODERES DEL JUEZ AD QUEM	70
2.2. DOCTRINA DE LOS MÁS IMPORTANTES JURISTAS	72
2.2.1 DOTRINA DE SALGADO Y DE ANTONI GOMEZI	72
2.2.2 DOCTRINA DE HERVIA BOLAÑOS	73
2.2.3 CRITICA DOMINANTE LA OPINIÓN DE CALAMANDREI	73
2.2.4 ENSEÑANZA DE SCACCIA. NATURALEZA DEL DERECHO DE ADHERIR Y SUS PRESUPUESTOS. SU DEMOSTRACIÓN POR LA EXISTENCIA DEL INSTITUTO DE LA ADHESIÓN.	77
2.2.5 DOCTRINA DE BORJAS	79
2.3 ADOPCIÓN HISTORICA DE LA ADHESION A LA APELACIÓN EN LOS CUERPOS NORMATIVOS INTERNACIONALES	81
2.3.1. ORIGEN Y FORMACIÓN HISTORICA DE LA REGLA TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM EN EL DERECHO FRANCÉS	81
2.3.2. LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO	83
2.3.3 FUNDAMENTACÓN FILOSÓFICA Y POLÍTICA DEL INSTITUTO DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN	88
2.3.3. NATURALEZA ACCESORIA Y SUBORDINADA DEL ADHESIVO	91
3. EL RECURSO DE LA ADHESION A LA APELACIÓN Y SU SITUACIÓN PROCESAL	
3.1 DERECHO Y CARGAS DEL ADHERENTE. SU SITUACIÓN PROCESAL. LEGITIMACIÓN PARA ADHERIR. DESISTIMIENTO DEL RECURRENTE. EFECTOS	92
3.2 DIFICULTADES QUE PRESENTA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADHESIÓN. OPORTUNIDAD PARA ADHERIR	93
3.3 MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE ADHERIR	95
<b>CONCLUSIONES</b>	97
<b>SUGERENCIAS</b>	99
<b>ANEXOS</b>	100
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	101



Con todo el cariño para mi Familia y mi Colega Monolita, que siempre han estado brindándome un apoyo constante.





## RESUMEN

Al Tratar de realizar una apelación a una resolución uno opta por adecuar su problema a lo tipificado en el código civil y bajo esta premisa se puede tener muchas alternativas para ejercer la apelación pero sucede que uno opta por una "adhesión a la apelación" y no encuentra mecanismos que puedan coadyuvar a una mejor interpretación de este recurso, cayendo muchas veces en sentir que la ineficacia de este acto en los casos de desistimiento de la pretensión principal la cual haría que nuestro recurso quede en el vacío. Por estos motivos considero importante hacer un análisis al instituto procesal "Recurso de Adhesión a la apelación", además de un estudio que tenga el propósito de ver como se ha ido llevando acabo el problema de la aplicación y situación jurídica del mecanismo procesal "adhesión a la apelación", que es un mecanismo procesal que se encuentra contenido y a la vez mencionado en los Artículos 367, 370, 373, 376 y 377 de nuestro actual Código procesal civil; tocado de manera somera, además que nos causa mucha incertidumbre; es por eso que se realiza este estudio con el objetivo de tener un conocimiento más hondo y sus repercusiones en el proceso en materia civil, debido a que existe muchos casos en los que la adhesión a la Apelación, constituye un problema de solución inmediata pero por el poco conocimiento de este mecanismo hace que el futuro procesal que esta provoca sea incierto.

El estudio sobre la "adhesión a la Apelación" nos ayudara a ver la situación en la que se encuentra los mecanismo procesal que está siendo referidos en el Código y que muchas veces no tenemos el real conocimiento del porqué y para qué se usa este instrumento procesal.

Los mecanismos procesales no solos parten de una necesidad particular profesional sino que además nace con la carencia de utilización de algún objeto o necesidad material, que tenemos y realizamos todos los días de nuestra vida, siendo muchos de ellos obviados debido al desconocimiento.



## ABSTRAC

In developing the career of Lawyer, one finds a wealth of knowledge and relatively new procedural mechanisms that fact allows to know more deeply a fact that makes us see a problem. In a work situation in their own career civil process, a client failed to send the notice to file an appeal, as a result, we had to do something about it, because the ruling was unfavorable, then where are used to this procedural mechanism, in order to reverse the situation that afflicted a client. In trying to make an appeal to a resolution one opts to bring your problem to the offense under the Civil Code and under this premise you can have many alternatives but to pursue the appeal case one opts for a "cross-appeal" and not find mechanisms that can lead to a better understanding of this resource, often going to feel that the ineffectiveness of this act in cases of withdrawal of the main claim which would make our stay in the empty resource. For these reasons I consider it important to analyze the institute procedural "Appeal of Accession to the appeal," plus a study that intends to see how it has been carrying just the problem of implementation and legal status of the procedural mechanism "membership appeal ", which is a procedural mechanism which is contained and also mentioned in Articles 367, 370, 373, 376 and 377 of our current Code of Civil Procedure; headdress cursory way, also it causes us a lot of uncertainty; that is why this study was done in order to have a deeper knowledge and its impact on the process in civil matters, because there are many cases in which the cross-appeal, is a problem of immediate solution but little knowledge of this mechanism makes the procedural future that this causes is uncertain. The study on "cross-appeal" help us see the situation in which the procedural mechanism is being referred to in the Code and that often have no real knowledge of why and what this procedural instrument is used . The procedural mechanisms alone do not start from a particular professional necessity but also comes with the lack of use of any object or material need, and we do every day of our lives, many of them being skipped due to ignorance



## PRESENTACION

La investigación que se considera en el presente trabajo reúne las características de una investigación CUALITATIVA, como es propio para la carrera de Derecho. Se espera los aportes, críticas y sugerencias de los miembros del jurado y de las personas interesadas en el tema.

Además es importante agregar que el tema no ha sido suficientemente abordado, debido a que no existe muchos trabajos de investigación sobre el tema, al momento de investigar se ha podido corroborar este hecho con la información.

Se ha sistematizado el tema y se ha podido organizar la información y apreciar que este mecanismo a pesar de tener una larga data su estudio y aplicación es muy limitado y en vías de desaparecer.

El presente trabajo de investigación contiene dos capítulos y se encuentra dividida en:

CAPITULO I, denominado diseño de la investigación; la misma que mantiene en su contenido: el problema de investigación, los objetivos, la justificación, marco teórico, hipótesis, metodología de la investigación y el tratamiento de la información.

CAPITULO II, denominado consideraciones históricas del Recurso de la Adhesión a la apelación, su naturaleza jurídica, Evolución Histórica, Doctrina de los más importantes Juristas, Adopción histórica de la adhesión a la apelación en los diferentes cuerpos normativos internacionales, la Situación procesal en que se encuentra este mecanismos procesal



## INTRODUCCIÓN:

Al desarrollar la carrera profesional de Abogado, uno se topa con un cúmulo de conocimientos y mecanismos procesales relativamente nuevos este hecho permite conocer de manera más profunda un hecho que nos hace ver un problema. En una situación laboral en un proceso civil propio de la carrera, un cliente omitió enviarnos la notificación para interponer la apelación, a consecuencia de ello, tuvimos que realizar algo al respecto, ya que la sentencia era desfavorable, entonces es donde se recurre a este mecanismo procesal, con el objetivo de revertir esa situación que aquejaba a un cliente. Al Tratar de realizar una apelación a una resolución uno opta por adecuar su problema a lo tipificado en el código civil y bajo esta premisa se puede tener muchas alternativas para ejercer la apelación pero sucede que uno opta por una "adhesión a la apelación" y no encuentra mecanismos que puedan coadyuvar a una mejor interpretación de este recurso, cayendo muchas veces en sentir que la ineficacia de este acto en los casos de desistimiento de la pretensión principal la cual haría que nuestro recurso quede en el vacío. Por estos motivos considero importante hacer un análisis al instituto procesal "Recurso de Adhesión a la apelación", además de un estudio que tenga el propósito de ver como se ha ido llevando acabo el problema de la aplicación y situación jurídica del mecanismo procesal "adhesión a la apelación", que es un mecanismo procesal que se encuentra contenido y a la vez mencionado en los Artículos 367, 370, 373, 376 y 377 de nuestro actual Código procesal civil; tocado de manera somera, además que nos causa mucha incertidumbre; es por eso que se realiza este estudio con el objetivo de tener un conocimiento más hondo y sus repercusiones en el proceso en materia civil, debido a que existe muchos casos en los que la adhesión a la Apelación, constituye un problema de solución inmediata pero por el poco conocimiento de este mecanismo hace que el futuro procesal que esta provoca sea incierto.

El estudio sobre la "adhesión a la Apelación" nos ayudara a ver la situación en la que se encuentra los mecanismo procesal que está siendo referidos en el Código y que muchas veces no tenemos el real conocimiento del porqué y para qué se usa este instrumento procesal.

Los mecanismos procesales no solos parten de una necesidad particular profesional sino que además nace con la carencia de utilización de algún objeto o necesidad material, que tenemos y realizamos todos los días de nuestra vida, siendo muchos de ellos obviados debido al desconocimiento.



## CAPITULO I

### DISEÑO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACIÓN

#### I. EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACION

##### 1.1 TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN

EL PROBLEMA JURÍDICO DEL MECANISMO PROCESAL "ADHESION A LA APELACIÓN" Y SUS REPECUSIONES EN EL PROCESO CIVIL

##### 1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El derecho procesal civil peruano mantiene un cúmulo de conocimientos de los diferentes mecanismos procesales, pero así también mantiene a muchos fuera de conocimiento, desarrollo dogmático y jurisprudencial en la mayoría de juristas civilistas.

El mecanismos procesal en investigación tiene su origen a partir de una sentencia desfavorable a una de la partes, cuando una de ellas de manera circunstancial omite efectuar apelación en los plazos establecidos por la norma, recurriendo en esta medida a Adherirse a la Apelación de la parte contraria para hacer reconocer un derecho vulnerado, bajo esta premisa nos preguntamos ¿Consiste entonces en un mecanismo de auxilio a la negligencia de la parte contraria para apelar fuera del plazo?; una vez efectuada la adhesión a la apelación ¿es posible solicitar al Ad quem



la revisión de la parte de la sentencia en la que se ha visto afectado, pero que a la vez afecta también al apelante?.

Hallamos también una controversia al realizar un análisis entre los principios de personalidad y comunidad de la apelación, que si bien es cierto nuestro marco normativo adopta al primero para regirse en materia procesal, crea un vacío procesal cuando una de las partes utiliza el principio del TANTUM DEVOLUTUM, QUANTUM APPELLATUM, una vez realizada la Adhesión a la apelación de la parte contraria.

De todo ello, nuestro marco normativo ha limitado la interpretación, modo y uso de este mecanismo procesal, que hoy en día se encuentra restringido, ello debido al desconocimiento del mismo, entonces cabría la posibilidad de preguntarnos ¿Cuál es el verdadero propósito de considerar dentro de nuestro marco normativo a la adhesión a la apelación?

### 1.2.1 Campo, Área y Línea de Acción

- a) Campo : Ciencias Sociales
- b) Área : Derecho Privado
- c) Línea : Derecho Civil

### 1.2.2 Operacionalización de Variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
Variable Independiente	Recurso de Adhesión a la Apelación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apelaciones en segunda instancia.</li> <li>• Jurisprudencia en materia civil</li> <li>• Precedentes en materia civil</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procesos impugnatorios en proceso</li> <li>• Procesos Contenciosos en tramite</li> <li>• Procesos no</li> </ul>



			<p>contenciosos en trámite</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Procesos desestimando la apelación</li> </ul>
<b>Variable Dependiente</b>	<b>Repercusiones en el derecho procesal civil</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Desistimiento</b></li> <li>• <b>Conocimiento del recurso</b></li> <li>• <b>Modo de aplicación del recurso</b></li> <li>• <b>Limites procesales del recurso</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Renuncia del proceso.</b></li> <li>• <b>Procesos Concluidos</b></li> <li>• <b>Desistimiento por vencimiento de plazo.</b></li> </ul>

### 1.3 INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cómo percibe el recurso de adhesión a la apelación?
- ¿En qué situación se hace uso coherente de este mecanismo procesal?
- ¿Cuál es el límite que impone la ley a la presente apelación?
- ¿Qué sucede con la adhesión a la apelación en caso de desistimiento de este recurso por la parte apelante?

#### 1.3.1 Tipo y nivel del problema

El tipo de problema a investigar es documental.

El nivel es descriptivo y explicativo.



## II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

### 2.1 Objetivo General.

- Demostrar la situación, funcionamiento, límites y conflicto entre principios procesales en que se basa este mecanismo procesal frente a nuestra doctrina y jurisprudencia nacional.

### 2.2 Objetivo Específico

- Establecer los puntos críticos en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la aplicación del este mecanismo procesal.
- Verificar cuales son los límites que presenta nuestra normatividad frente al uso de este medio impugnatorio.
- Comparar las diferentes sentencias en primera instancia, sobre el tema a investigar para ver la uniformidad en la aplicación de este mecanismo.

## III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Las razones por las cuales se ha seleccionado el presente estudio, es porque si bien este mecanismo procesal data desde la Constitución Ampliorem de Justiniano en la época del derecho romano, la situación procesal actual ha creado varios parámetros que se aprecian en la falta de uniformidad en las sentencias que emiten los jueces, cuando se les presenta una adhesión a la apelación, bajo esta premisa analizaremos las jurisprudencias y sentencias en segunda instancia que nos permita dilucidar el tema.

La importancia del presente estudio se basa en la investigación de la doctrina, jurisprudencia y sentencias en primera instancia con el objetivo de lograr un análisis que uniformice el criterio de los jueces, frente a la diversidad jurisprudencial que nos emite nuestros órganos superiores.

Es trascendente debido a que actualmente este mecanismo procesal es visiblemente omitido por los abogados, ya que la legislación ha sido tocada de manera remota, esta situación nos motiva para lograr un eficaz ejercicio del código procesal civil.



Así mismo observamos que este tema aún no ha sido suficientemente abordado a pesar de disponer de los elementos necesarios que lo hacen factible y de gran utilidad, esta situación se refleja en los escasos estudios de investigación que se realizaron sobre el presente tema.

## IV. MARCO TEÓRICO

### 4.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Al hacer la revisión de estudios de investigación en el sistema de internet no se encontraron trabajos similares al presente. Sin embargo existen algunos de los cuales vale la pena dar cuenta por la relación que guardan con el tema en estudio.

- **EL RECURSO DE ADHESIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO: Una aproximación al tema.** CARLOS CRUZ LEZCANO; del cual se resume lo siguiente:
  - El código procesal civil recoge la figura de la adhesión a la apelación, como también lo hizo el código de procedimientos civiles de 1912, en ambos casos sin un desarrollo puntual.
  - En esta perspectiva, el autor aborda el tema bajo el marco teórico propio del recurso de apelación, desarrollando cada uno de los principios e instituciones que le son esenciales.
  - Llega a fundamentar, frente a la postura que identifica como amplia, una posición a la que caracteriza como restringida, según la cual la adhesión a la apelación es, en rigor, un recurso excepcional, de autonomía relativa y de alcance restringido, muy similar a la apelación incidental del proceso civil italiano, distante, por tanto de la impugnación a la apelación del derecho procesal español.

### 4.2 MARCO TEÓRICO

En concordancia con los objetivos del presente estudio, y remontándonos a la naturaleza jurídica de este instituto procesal, es que se considera importante desarrollar en el marco conceptual el siguiente temario:

**4.2.1 LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS**, de acuerdo con el razonamiento de Juan Monroy Galvez quien define este instituto procesal como el instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo



u otro de jerarquía superior, realice un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin que se anule o revoque este, total o parcialmente<sup>1</sup>.

Así mismo nos advierte que se trata de un instituto solo utilizable por los elementos activos de la relación procesal que tiene interés directo en el resultado del proceso o del acto procesal que se impugna, es decir, la parte o el tercero legitimado. También es notorio el hecho que el uso de un medio impugnatorio implica una petición a un juez, sea para que este realice el acto concreto que implica la impugnación –el nuevo examen- o para que lo haga el juez jerárquicamente superior a este.

En el mismo sentido el magistrado Carlos Cruz, nos manifiesta en un sentido más literal que en la sistemática del código procesal civil el legislador peruano ha fijado el tema de los medios impugnatorios definiéndolos por su finalidad. Así en el artículo 355 ha precisado que por medio de ellos las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error. Seguidamente, el artículo 356 efectúa su clasificación distinguiendo entre remedios y recursos: los primeros son aquellos que pueden formularse por quien se considere agraviado por los actos procesales no contenidos en resoluciones; los segundos, en cambio, se formulan por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado. Señalando, con clara precisión, que son recurso: la reposición, la apelación y el extraordinario de casación<sup>2</sup>.

Analizando el tema tenemos también el aporte de Alcalá – Zamora quien aprecia que los medios de impugnación “son actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo pronunciamiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima arreglada a derecho en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos”.

---

<sup>1</sup> MONROY GALVEZ Juan, *Los Medios Impugnatorios en el código procesal civil - Derecho Procesal Civil Estudios-*, EDICION SETIEMBRE 2009

<sup>2</sup> CRUZ LEZCANO Carlos, *El Recurso De Adhesión En El Código Procesal Civil Peruano: Una Aproximación Al Tema.*



Los medios de impugnación son actos procesales de las partes y de los terceros legitimados. Están dirigidos a obtener un nuevo examen, el cual puede ser total o parcial, y una nueva decisión acerca de una resolución judicial.

Los motivos que invoque quien promueve el medio de impugnación, puede ser que la resolución judicial no este arreglada a derecho en el fondo (errores in iudicando) o en la forma (errores in procedendo).<sup>3</sup>

En concordancia por lo manifestado por los juristas anterior, VALITUTTI Y DE STEFANO refuerza la definición afirmando que los medios impugnatorios "son actos procesales de la parte que se estima agraviada por un acto de resolución del juez o tribunal, por lo que acude al mismo o a otro superior, pidiendo que revoque o anule el o los actos gravosos, siguiendo el procedimiento previsto en las leyes"<sup>4</sup>.

### **Naturaleza Jurídica de los Medios Impugnatorios**

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución procesal de los medios impugnatorios o del derecho mismo a impugnar, existen las siguientes posiciones:

- a) El derecho de impugnación es un derecho abstracto derivado del derecho de acción o en todo caso se halla vinculado a éste.
- b) El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- c) El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a un debido proceso.
- d) La impugnación es una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

El fundamento de la impugnación se encuentra en la posibilidad de injusticia, por la existencia de un error, que puede ser corregido o anulado por el mismo órgano jurisdiccional o superior, brindando de esa forma la debida garantía al justiciable.

---

<sup>3</sup> VELASCO GALLO Francisco, *Derecho procesal civil – proceso de conocimiento*, Editora Jurídica Grijley, 4ta edición noviembre 1993, Lima Perú.

<sup>4</sup> VALITUTTI, Antonio y DE STEFANO, Franco. *Le impugnazione nel proceso civile*. Editorial Cedam. Padua, 1996. P. 39.



## Causales de la impugnación

La previsión del instituto de la impugnación procesal parte de la consideración de que el juzgar es un acto humano y, como tal, es susceptible de incurrir en error. Siendo así, se debe conceder a las partes la posibilidad de que se revise el error en el que ha incurrido un acto procesal.

Los errores en que se haya incurrido son las causas para promover la impugnación, y estas pueden ser:

### - El error in iudicando

Conocidos también como vicios en el juicio. Fairen Guillen afirma que es un error del Juez "que le lleva a una subsunción errónea de los hechos a una norma jurídica que no le es aplicable". Por ello, generalmente se presentan con la violación del ordenamiento sustantivo, o se aplica indebidamente una norma, se inaplica o se interpreta erróneamente. Se refieren al contenido del proceso<sup>5</sup>.

### - El error in procedendo

Son conocidos también como error de actividad o defectos en la construcción. Es un error que se produce debido a la afectación de una norma procesal esencial. Surge por no ejecutar lo impuesto por la norma procesal, por ejecutar algo que está prohibido o de modo distinto a lo previsto por la norma procesal. Constituyen pues, irregularidades o defectos del procedimiento.

La diferente configuración de los errores antes descritos resulta esencial, pues de ella dependerán las diferentes pretensiones que pueden ser planteados por las partes del proceso a través de un medio impugnatorio, así como las diferentes formas de pronunciarse del órgano jurisdiccional. Así, si lo que se denuncia es un error in iudicando, las partes plantearán una pretensión impugnatoria revocatoria; mientras que si lo que se denuncia es un error in procedendo las partes deberán plantear una pretensión impugnatoria rescisoria.

---

<sup>5</sup> FAIREN GUILLEN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Editorial Boch. Barcelona, 1990. p. 480.



Con la pretensión impugnatoria revocatoria lo que se busca es el órgano jurisdiccional de segundo grado revise el acto impugnado y, si considera que hay un error, lo sustituya con otro acto; mientras que con la pretensión impugnatoria rescisoria los que se busca es que el órgano jurisdiccional de segundo grado elimine el acto impugnado sin sustituirlo, pues corresponderá el órgano jurisdiccional que expidió originalmente el acto anulado el que deba expedir otro.

#### - **El error in cogitando**

Referido al vicio de razonamiento. Se produce cuando hay:

- 1) Ausencia o defecto de una de las premisas del juicio
- 2) Violación de las reglas de la lógica

Esto es, falta de motivación o defectuosa motivación.

#### **Clases de medios impugnatorios**

La clasificación de los medios impugnatorios se efectúa teniendo en cuenta varios criterios. Entre ellos:

#### **De acuerdo al objeto de impugnación**

El artículo 356 del CPC clasifica a los medios impugnatorios en:

**Remedios.-** Los remedios son medios impugnatorios mediante los cuales el recurrente pide se reexamine todo un proceso o un determinado acto procesal del juez no contenido en una resolución.

A nivel de nuestro Código Procesal Civil encontramos la oposición, la tacha y la nulidad.

**Recursos.-** A través de los recursos se ataca un acto procesal del juez contenido en una resolución judicial (decretos, autos y sentencias).

A nivel de nuestro Código Procesal civil encontramos el recurso de reposición, de apelación, casación y queja.



## De acuerdo con la regulación en el código procesal civil

### Requisitos de admisibilidad

Los medios impugnatorios se interponen ante el órgano jurisdiccional que cometió el vicio o error, salvo disposición en contrario (Artículo 357 de CPC).

### Requisitos de procedibilidad

El impugnante fundamentara su pedido, precisando el agravio, el vicio o error que lo motiva (Artículo 358 del CPC).

### Incumplimiento de los requisitos

El incumplimiento de alguno de los requisitos determina la declaración de inadmisibilidad o de improcedencia del medio impugnatorio, mediante resolución debidamente fundamentada (Artículo 359 del CPC).

### Prohibición de doble recurso

Está prohibido a una parte interponer 2 recursos contra una misma resolución (artículo 360 del CPC).

**4.2.2 EL RECURSO DE APELACIÓN,** La apelación es aquel recurso ordinario y vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error, y encaminado a lograr que el órgano jurisdiccional superior en grado al que la emitió la revise y proceda a anularla o revocarla, ya sea total o parcialmente, dictando otra en su lugar u ordenando al Juez a quo que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor. Puntualizamos que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que ellos vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada (conforme al art. 382 del C.P.C).

La apelación no constituye una renovación del proceso o reiteración de su trámite o un novum iudicium, sino que representa su revisión. Así es, la apelación supone el examen de los resultados de la instancia y no un juicio nuevo. En virtud de dicho recurso no se repiten los trámites del proceso principal, sino que se llevan a cabo otros notoriamente diferenciados y dirigidos a verificar la conformidad de los



resultados de la instancia primigenia con lo previsto en el ordenamiento jurídico y lo actuado y probado en el proceso. De esta manera el superior jerárquico examina la decisión judicial que se pone a consideración haciendo uso de los elementos incorporados al proceso en su instancia originaria (y, en determinados casos especiales, de aquellos introducidos en la segunda instancia), pero no revisando ésta en su integridad sino en los estrictamente necesario.

Briseño Sierra señala que "... la naturaleza procesal de la apelación reclama inmediatamente su definición a base de la bilateralidad de la instancia, la trilogía de sujetos, la diversa posición de las partes y del juzgador y presupone un verdadero proceso que ha sido calificado de impugnativo" (BRISEÑO SIERRA, 1966:469).

Según Alsina, "... el recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución estimada injusta, para que la modifique o revoquen según sea el caso..." (ALSINA, 1961, TOMO IV:207).

Escobar Fornos asegura que "... la apelación es un recurso ordinario (...). Por medio de este recurso, el tribunal vuelve a hacer un examen del pleito. Con base en este examen podrá revocar, reformar o confirmar la sentencia apelada" (ESCOBAR FORNOS, 1990: 222).

En opinión de Eduardo Pallares, "el recurso de apelación es el que se interpone entre el juez de primera instancia para que el tribunal de segunda modifique o revoque la resolución contra la cual aquél se hace valer..." (PALLARES, 1989:451).

Redenti anota que "... la apelación es un medio impugnatorio contra la sentencias de primera grado, y es sin duda el medio que más se utiliza, ya que (...) bon a tout faire. Se resuelve en una invocación al juez de grado superior (de appellare, en el sentido de llamar en auxilio), a fin de que revise, reexamine o cancele o repare defectos, vicios o errores, del procedimiento o de la sentencia..." (REDENTI, 1957, Tomo II: 79).

Rafael de Pina conceptúa al recurso de apelación como aquel que "...se propone obtener un nuevo examen y fallo de la cuestión debatida ante un órgano jurisdiccional, por otro distinto y jerárquicamente superior" (DE PINA, 1940: 215-215).



Ramos Méndez sostiene que el “recurso de apelación es un recurso ordinario, devolutivo, que procede contra las sentencias definitivas de todo negocio y los autos resolutorios de excepciones dilatorias e incidentes (...) y autos resolutorios de un recurso de reposición contra providencias y autos (...). Es el recurso devolutivo por excelencia, mediante el cual el Tribunal ad quem examinarla corrección y regularidad de la resolución dictada por el tribunal a quo, según los motivos de gravamen que aduzca el apelante” (RAMOS MENDEZ, 1992, TOMO II: 722).

Couture concibe a la apelación como “... el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior” (COUTURE, 1985:351).

Agustín Costa asevera que la apelación es el “... remedio procesal que tiene por objeto el control de la función judicial, y se funda en una aspiración de mejor justicia, remedio por el cual se faculta al litigante agraviado por una sentencia o interlocutoria, a requerir un nuevo pronunciamiento de tribunal jerárquicamente superior para que, con el material reunido en primera instancia y el que restringidamente se aporte en la alzada, examine en todo o en parte la decisión impugnada como errónea por falsa apreciación de los hechos o equivocada aplicación o interpretación del derecho, y la reforme o revoque en la medida de los solicitado” (COSTA; Citado por TAWIL, 1990:40).

En nuestro ordenamiento jurídico, este recurso se encuentra regulado en el Capítulo III (“Apelación”) del Título XII (“Medios Impugnatorios”) de la Sección Tercera (“Actividad Procesal”) del Código Procesal Civil, en los numerales 364 al 383. Precisamente al artículo 364 del mencionado cuerpo de leyes establece claramente:

“El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”.

### **Objeto de la Apelación.**

Las resoluciones judiciales (autos y sentencias) constituyen el objeto del recurso de apelación. Este es un acto procesal de impugnación dirigido a poner en evidencia el error o vicio en que incurrió el órgano jurisdiccional y que se halla contenido en una



resolución, la misma que se espera sea modificada o dejada sin efecto por el Juez ad quem.

Es objeto pues, del recurso de apelación toda resolución judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error y que, por lo tanto, causa agravio a algunos justiciables. Y aquella puede ser apelada en todo o en parte, sujetándose la impugnación a lo expresamente manifestado por el agraviado en su recurso respecto de los alcances del vicio o error alegados por él.

Puntualizamos que cuando se habla de la resolución como objeto de la apelación debe entenderse que se hace referencia no a sus partes expositiva y considerativa, sino únicamente a la dispositiva o resolutive, por cuanto el pretendido agravio (concreto y justificable del recurso) no puede hallarse en la motivación de la resolución sino en la decisión contenida en ella, que es la que establece o fija el derecho de las partes. Se apela así lo ordenado en la resolución y no el razonamiento lógico, jurídico y de hecho que opera como antecedente y sustento de tal conclusión. Pese a lo señalado, advertimos que para determinar con exactitud la decisión contenida en la resolución es preciso acudir a sus considerandos, existiendo así una suerte de nexo directo, inmediato y subordinado entre ambas partes de la resolución.

En relación a lo expresado en el párrafo precedente, Loutayf Ranea nos informa que "la doctrina y jurisprudencia nacionales (argentina) han destacado que como principio, sólo es apelable la parte dispositiva de la sentencia. Y no sus fundamentos, salvo supuestos excepcionales. En tal sentido se ha resuelto: a) que el vencedor no tiene ni el deber ni el derecho de apelar los fundamentos del fallo que en definitiva le dan razón; b) que la apelación no procede contra los considerandos de la sentencias, sino exclusivamente contra su parte dispositiva, de suerte que el vencedor no puede apelar aunque ellos le resulten agraviantes; c) que no existe gravamen y por lo tanto se carece de interés para recurrir cuando se ha obtenido plena satisfacción de las pretensiones, aun cuando puedan no coincidir los fundamentos expuestos por la parte y los vertidos por el juez, en la medida que ellos no tengan efectos sustanciales; d) que es apelable únicamente la parte dispositiva de la sentencia, por lo que las consideraciones formuladas por el sentenciante en el fallo no pueden fundar los agravios traídos a la instancia; e) que el recurso de apelación no resulta, en principio, procedente, referido solo a las motivaciones de un fallo, sino a su parte dispositiva; f)



que la apelación no procede contra los considerandos de la sentencia, sino exclusivamente contra su parte dispositiva; g) que en principio sólo es apelable la parte resolutive de la decisión como norma individual que es, y no los considerandos" (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1: 317-318).

Agrega Loutayf concluye que "En general puede decirse como nota común que cuando existe un perjuicio concreto derivado de lo expuesto en los considerandos o fundamentos de una sentencia resulta admisible el recurso de apelación" (LOUTAF RANEA, 1989, Tomo 1:320).

Por último cabe señalar que la resolución cuestionada no debe tratarse de un proyecto sino que debe haber sido ya expedida para que sea materia de recurso que analizamos, no importando si se produjo su notificación o no.

#### **Fundamento de la Apelación.**

Como bien dice Mattiolo, "... la institución de la apelación responde al principio fundamental del doble grado de jurisdicción, por el que la causa no está definitivamente terminada con la sentencia del primer juez, sino que, a instancia de la parte condenada, debe recorrer un segundo estadio y sufrir un nuevo examen y una nueva decisión del juez de apelación jerárquicamente superior al primero" (MATTIROLO, S/A, Tomo II: 39).

Casarino piensa con justa razón que "...el recurso de apelación tiene fundamentos psicológicos y técnicos. Psicológicos, porque es de la naturaleza humana rebelarse, alzarse, en contra de una solución que se estima injusta, y también el hecho de poner mayor cuidado en una labor que, se sabe de antemano, será revisada por una autoridad jerárquicamente superior; y técnicos, porque mediante la doble instancia se consigue reparar los errores o las injusticias que pueden cometer los jueces inferiores, lográndose, a la postre, una mejor y más eficiente administración de justicia" (CASARINO VITERBO, 1984, TOMO IV:226).



### Características

El recurso de apelación se caracteriza principalmente por lo siguiente:

- Es un recurso ordinario, porque no exigen causales especiales para su formulación y admisión.
- Es un recurso de alzada, pues resuelto por el órgano jurisdiccional superior en grado a aquel que dictó la resolución recurrida.
- Es un acto procesal sujeto a formalidades representadas por los requisitos de admisibilidad (como el pago de tasa judicial, presentación en el plazo de ley, etc.) y de procedencia (como la adecuación del recurso y la indicación del agravio así como del vicio o error que lo motiva).
- Se presenta ante el juez que emitió la resolución cuestionada y no directamente al superior jerárquico.
- No versa sobre cuestiones nuevas sino que está referido al contenido de la resolución impugnada y a aquello que se debatió en el proceso.
- Se dirige contra autos y sentencias siempre y cuando no hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada.
- Procede por iniciativa de parte o de los terceros legitimados.
- Se concede con efecto suspensivo (tratándose de la sentencia o de autos que disponen la conclusión del proceso) sin efecto suspensivo (en los demás casos). Su tramitación puede ser también diferida en las hipótesis expresamente establecidas en la ley.
- Es un recurso que contiene intrínsecamente la institución de la nulidad, sólo si el vicio está referido a la formalidad de la resolución recurrida.
- A criterio de Casarino de Viterbo, las características más sobresalientes de la apelación son las que a continuación se señalan:



- a) Es un recurso ordinario, o sea, por regla general, procede en contra de todas clases de resoluciones judiciales, salvo las limitaciones propias de la naturaleza o de la cuantía del negocio judicial en que se incide;
- b) Es un recurso por vía de reforma, o sea, es conocido por el tribunal inmediatamente superior en grado jerárquico de aquel que pronunció la resolución recurrida;
- c) Es un recurso que se interpone ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida y para ante el inmediatamente superior en grado jerárquico;
- d) Es una segunda instancia, o sea, permite al tribunal superior conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho que se hayan ventilado en la primera instancia; salvo que el recurrente, de propia iniciativa, restrinja las atribuciones del tribunal superior, al fundar su recurso;
- e) Es un recurso que, por el hecho de ser ordinario, carece de causales taxativamente enumeradas en la ley, teniendo como fundamento o causal genérica el agravio o perjuicio del litigante en virtud de infracciones a la ley; y
- f) Es un recurso subsidiario cuando va unido a otros recursos; como ser, a los de reposición y de casación en la forma, respectivamente" (CASARINO VITERBO, 1984, Tomo IV: 226-227).

## PROCEDENCIA

El recurso de apelación, es el más importante del procedimiento, por múltiples razones, procede contra las sentencias; en principio contra las definitivas, y también contra las interlocutorias o autos interlocutorios (VESCOVI, 1988: 144)

El artículo 365 del Código Procesal Civil trata sobre la procedencia del recurso de apelación en los siguientes términos:

“Procede apelación:

1. Contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes;



2. Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y lo que este Código excluya; y
3. En los casos expresamente establecidos en este Código [C.P.C.]”

Como se dijera, mediante la sentencia del juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes , o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal (art. 121 –último párrafo- C.P.C.).

Según Devis Echandia, “la sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 515). Añade el citado tratadista que “mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 515). Concluye Devis Echandia asegurando que “toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga. Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley, en mandato concreto para el caso determinado. Pero no es por si misma un mandato, ya que se limita a aplicar el que contiene la ley” (DEVIS ECHANDIA, 1985, Tomo II: 515-516).

#### **4.2.3 LOS PRINCIPIOS DE LA PERSONALIDAD Y COMUNIDAD DE LA APELACION**

De acuerdo al principio de personalidad de la apelación, el planteamiento de este recurso favorece tan solo al recurrente en atención –según se afirma- al carácter subjetivo del indicado medio impugnatorio que hace que su formulación y alcances estén gobernados por una nota de individualidad, la misma que, sin embargo, puede admitir determinadas excepciones como, por ejemplo, cuando se está ante el litisconsorcio necesario, supuesto en el que la apelación de uno de los litisconsortes puede ser aprovechada por el resto de ellos.

Agustín Costa, defensor del principio de la personalidad de la apelación, asegura que “...no pueden imponerse los resultados de la apelación a quienes no han querido deducir



el recurso, tanto más si no han intervenido en sus trámites. Sería demasiado chocante (...) que quien ha consentido una decisión pudiera ser llevado a soportar las consecuencias de un procedimiento rechazado. Si el mecanismo judicial, por lo que hace al proceso civil, sólo se mueve a impulso de la actitud privada, nada autoriza a sobreponerse a los intereses propios de las partes. La sentencia de primer grado goza de una presunción de verdad con ella el estado lleva su función de administrar justicia; sus resultados deben tenerse, en consecuencia, por firmes y definitivos con respecto a quien la han aceptado sin que esto perjudique, en cambio, a los apelantes, que podrán invocar las ventajas que lo harán en la instancia superior, en uso de un derecho personal concedido en exclusivo beneficio. Es exacto (...) que por este medio puede llegarse a las sentencias contradictorias en un mismo litigio, espectáculo poco edificante, pero esto es un derivado del principio de la identidad de las partes que exige la cosa juzgada. Se presenta igual situación (...) cuando diversas personas por causa o título común, son demandadas por separado o sucesivamente ante distintos tribunales, sin que se opere acumulación de acciones. Los pronunciamientos, aun siendo antagónicos, no por eso dejarán de afectar únicamente a las partes que intervinieron en cada uno de los juicios. El principio de la personalidad (...) es el que mejor armoniza con el concepto actual del recurso, dentro de la corriente que tiende a convertirlo en un instrumento de control de la sentencia, con carácter restrictivo, de manera que el que no ejerce el derecho no puede invocar los beneficios" (COSTA; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1: 82-83).

Acerca de la personalidad de la apelación, Couture nos ilustra de este modo:

"la situación que da el motivo a la aplicación de este principio es la siguiente: A y B, herederos de C, demandan a D por reparación de un acto ilícito que ha causado la muerte del padre de los actores; la sentencia absuelve a D; A no apela de la sentencia y B lo hace en tiempo y forma; la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia y condena a indemnizar a D el daño sufrido. ¿Aprovecha a A, que ha consentido la sentencia absolutoria, el fallo dictado en favor de B?

La doctrina y la jurisprudencia se pronuncia por la negativa: la condena obtenida por B no beneficia a A porque los efectos de la apelación son personales y no reales. No existe, como en el derecho romano, beneficio común, sino ventaja unilateral.

(...)



No disminuye el prestigio de esta solución la circunstancia de que aparezcan dos cosas juzgadas contradictorias: que mientras para B haya derecho de indemnización, A se vea privado de él. La razón no es tanto de carácter lógico como sistemático. Sus fundamentos se hallan esparcidos a lo largo de todos los principios del derecho procesal civil. En primer término, el principio de que la voluntad crea y extingue derechos. Quien consintió la sentencia de primera instancia es porque la consideraba justa el agraviado tenía dos caminos: consentir o apelar; si optó por el primero, su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento. Una segunda razón emana del principio mismo de la cosa juzgada. Nada excluye en derecho la posibilidad de dos sentencias contradictorias; las propias evoluciones de la jurisprudencia demuestran que este riesgo es connatural con el concepto de cosa juzgada. Una tercera razón fluye del principio mismo de la apelación. El tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso introductorio; nada le autoriza a cambiar la parte de la sentencia que desecha la demanda en lo que se refiere a A si no ha mediado recurso a este respecto.

Se reserva, sin embargo, una solución distinta de esta, en los casos de solidaridad o de indivisibilidad material de la cosa litigiosa, ya que en estos casos la sentencia beneficia o perjudica al deudor solidario o al comunero. Pero esta circunstancia, impuesta por la fuerza misma de las cosas, no altera el alcance del principio de la personalidad de la apelación". (COUTURE, 1985: 369-370).

Principio de la comunidad de la apelación, Es antagónico al de la personalidad, por cuanto postula que la interposición de dicho recurso por una de las partes hace que sus efectos se extiendan a las demás.

El principio de la comunidad de la apelación reposa en la consideración que asigna a la apelación una naturaleza objetiva y real, de manera tal que quienes no ejercitaron su derecho de impugnación se benefician con la apelación formulada porque, siendo único y equivalente el objeto litigioso y la resolución, no es susceptible de división esa realidad reflejada en la decisión judicial, máxime si ello puede dar lugar a la existencia en un mismo pronunciamiento de dos posiciones contradictorias y, por ende, de dos cosas juzgadas que se oponen entre sí.

Loutayf Ranea anota que "... principio de la comunidad suele estar referido al supuesto en que existen varias personas ocupando una misma situación de parte (dos o más



actores o dos o mas demandados); se señala también a todos aquellos que se encuentran ocupando la misma situación de parte que el recurrente; es decir, habiendo apelado un actor tal recurso aprovecha también a los actores; o, habiendo apelado un demandado, tal recurso beneficia también a los otros demandados..." (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1: 83-84).

El principio de la comunidad de la apelación presupone, además –según cierto sector de la doctrina-, que los efectos del recurso planteado por uno de los justiciables se hacen extensivos al adversario (que no recurrió ni formulo adhesión a la apelación), pudiéndose este ser favorecido con ellos hasta el extremo de estar autorizado por el superior jerárquico para modificar la resolución impuesta al órgano judicial revisor de velar por una buena administración de justicia (inclusive cuando falta la iniciativa de los sujetos procesales) en virtud de la cual procedería la revisión oficiosa de cada uno de los puntos consignados en la resolución apelada (y no solo de aquellos precisados como errados, viciados o agraviantes) y la modificación de la misma aun en lo que fuere favorable al impugnante.

Es de resaltar que el principio de la personalidad de la apelación – con ciertas restricciones- es el que predomina en la mayor parte de ordenamientos procesales (incluyendo el nuestro), manifestándose su vigencia en otros principios de observancia casi rigurosa como el *tantum devolutum quantum appellatum* (por el cual el conocimiento del órgano de apelación se circunscribe al contenido del recurso interpuesto) y el de la *reformatio in peius* (que impide al superior jerárquico resolver el recurso en perjuicio del apelante, salvo que la parte contraria también hubiese recurrido la resolución o formulado adhesión a la apelación).

#### **4.2.4 EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM".**

El conocimiento del órgano judicial revisor se enmarca dentro de las pretensiones consignadas en los escritos constitutivos del proceso presentados en su etapa postulatoria. Además, no puede superar el ámbito de la apelación interpuesta, de la adhesión a ésta y de las respectivas absoluciones –si las hubiere- a las mismas. A esta última limitación al conocimiento del superior jerárquico se refiere el principio "*tantum devolutum quantum appellatum*".



Tal como indica Vescovi, “dentro del principio dispositivo se incluye éste que se menciona como el de “tantum devolutum quantum appellatum”, puesto que significa que el efecto devolutivo, que traslada los poderes de decisión al tribunal superior, está limitado por la apelación. También se expresa diciendo que el agravio es la medida de la apelación” (VESCOVI, 1988: 159).

En relación a lo expuesto, Loutayf Ranea afirma que “...el tribunal de segunda instancia solo puede conocer y decir aquellas cuestiones a las que ha limitado la apelación el recurrente. No tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; sólo puede ser revisado lo apelado: tantum devolutum quantum appellatum. No puede dar más de lo pedido por el apelante; pero tampoco puede resolver en perjuicio del apelante si no existe recurso de la contraparte” (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1: 117).

Advierte Ramos Méndez que “... si ambas partes apelan, el conocimiento del Tribunal Ad quem no queda limitado. Pero si recurre tan solo una de ellas, el contenido de apelación es mucho más restringido: La Sala no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes, o que no han sido objeto del recurso. Tampoco puede, en principio, agravar la sentencia en perjuicio del apelante (...), ni pronunciarse sobre pretensiones extemporáneas o modificar la causa de pedir alegada” (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 732).

Máximo Castro estima que “... la regla tantum devolutum quantum appellatum, no puede interpretarse en la forma restrictiva y estricta con que la sostenían los romanistas, pues cuando se ha apelado, se entiende que vuelven a ser puesto en tela de juicio la totalidad de las razones, argumentos o motivos que sean aducido en el pleito, es decir, tanto los que el juez ha invocado como fundamento de su sentencia, como los que desechó por no creer que debía tomarlos en consideración” (CASTRO, 1927, Tomo II: 233).

El principio “tantum devolutum quantum appellatum” se funda en el principio dispositivo que rige lo concerniente a la impugnación. Por ello es que se dice que el órgano de alzada está impedido de sobrepasar la jurisdicción que le es devuelta por consideraciones basadas en la autonomía de la voluntad. Es la iniciativa de las partes



la que da origen al procedimiento impugnatorio (correspondiéndoles a ellas la carga de la impugnación) y determina su objeto.

El principio "Tantum devolutum quantum appellatum" reposa también en el principio de congruencia, según el cual tiene que haber conformidad (correspondencia o relación) entre el petitorio, los hechos alegados en juicio y las parte lo resuelto por el magistrado. Así es, el primero de las principios enunciados implica la exigencia de correlación entre la resolución emanada del superior en grado y los agravios expresados por el apelante o el adherente (incluyéndose, además, las alegaciones contenidas en las correspondientes absoluciones).

De la Rúa opina al respecto que el principio de congruencia "... tiene en segunda instancia manifestaciones específicas; las limitantes y rigurosas, porque el juicio de apelación tiene un objeto propio, que son las pretensiones impugnativas de los recurrente, y la voluntad de éstos limita o condiciona más al juez del recurso. Sus agravios constituyen el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver: tantum devolutum quantum appellatum. Su competencia funcional está determinada por los motivos invocados por el recurrente en función de los agravios por el perjuicio ocasionado por el fallo... esto significa que para habilitar al tribunal de alzada debe existir un recurso válido y deducido por parte legítima que padezca un perjuicio e invoque un agravio, lo mantenga y no lo desista, y verse sobre cuestiones propuestas en la instancia inferior..." (DE LA RUA; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:116).

Estrechamente vinculado al principio "tantum devolutum quantum appellatum" y al de congruencia se encuentra el principio de doble grado de jurisdicción. "...se entiende por principio de doble grado el que limita los poderes del tribunal de apelación, en el sentido de que no deberá examinar ni resolver cuestiones litigiosas que no hayan sido propuestas en primera instancia..." (PALLARES, 1989:465). "... el principio del doble grado no excluye la admisión de nuevas razones ante el tribunal de alzada, pero prohíbe el de nuevas pretensiones" (PALLARES, 1989:465).

La limitación al conocimiento del superior jerárquico, que se circunscribe principalmente al contendí de la apelación, no comprende la base jurídica de esta, pues, de acuerdo al principio iura novit curia, el juzgador debe aplicar el derecho que



corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Ello es así, porque la calificación jurídica de las pretensiones de los justiciables les corresponde hacerla al juez, no vinculándole la fundamentación de derecho que hubiesen efectuado aquellos. Peyrano expresa sobre el principio iura novit curia que su aceptación "...se traduce en la necesaria libertad con que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rijan el caso. Libertad que subsiste aun en la hipótesis de que los litigantes hubiera invocado la aplicabilidad de otra disposiciones..." (PEYRANO; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, TOMO 1: 189). Añade dicho autor que "...resulta pacífica la opinión de que el acogimiento del principio subexamine implica conferirle al oficio la facultad de calificar libremente la relación jurídica sibilite, sin parar mientes en que los contradictores pudieran haber efectuado un encuadre diverso..." (PEYRANO; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, TOMO 1: 189). El órgano jurisdiccional –prosigue Peyrano- "está encerrado, en principio, dentro del círculo de hierro formado por los hechos alegados y probados por las partes, pero no se encuentra constreñido a aceptar el encuadre normativo propiciado por éstas..." (PEYRANO; citado por LOUTAF RANEA, 1989, Tomo 1: 189). Concluye Peyrano asegurando que "...al juez le está vedado, dentro de un esquema procesal crudamente dispositivista, ser curioso respecto del material factico; pero puede, y debe, emprender una búsqueda sin fronteras, tiende a subsumir rectamente aquel dentro del ordenamiento normativo" (PEYRANO; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, TOMO 1: 189).

La limitación al conocimiento del órgano judicial revisor instituida por el principio "tantum devolutum quantum appellatum" no alcanza omisiones del juez de primera instancia respecto de pretensiones de las parte no resueltas en la resolución impugnada. En consecuencia, aun en el caso de no haber sido objeto expreso de reclamación por los justiciables, el superior jerárquico puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa.

Por otro lado, en virtud del principio "tantum devolutum quantum appellatum", el órgano de apelación se encuentra impedido de examinar y pronunciarse sobre cuestiones que han quedado firmes en razón de la preclusión o de la cosa juzgada. Ello obedece a la naturaleza misma de tales institutos y también a la circunstancia de



que está ausente la iniciativa privada necesaria para que el superior jerárquico asuma la competencia del caso. Ramos Méndez sostiene que "...no son objeto de apelación los extremos consentidos por las partes, más que por razones de congruencia, por quedar amparadas por la fuerza de la cosa juzgada. No obstante, aunque hayan sido consentidos, pueden ser resueltos por el tribunal los extremos que hayan quedado imprejuzgados, por ejemplo, cuando hay omisión de pronunciamiento" (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 728).

El principio "tantum devolutum quantum appellatum" guarda relación con el de plenitud de la jurisdicción por cuanto ésta resulta afectada al restringirse el conocimiento del órgano judicial revisor al marco de la apelación. En lo concerniente a esto, Alsina señala que "...el principio de la plenitud de la jurisdicción sufre una limitación en los casos en que el recurso se interpone contra una parte de la sentencia, pues entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo. Es lo que se expresa con el aforismo tantum devolutum quantum appellatum o sea que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso" (ALSINA, 1961, Tomo IV: 416).

#### **4.2.5 LA PROHIBICION DE LA "REFORMATIO IN PEIUS".**

Como se dijera, el conocimiento del órgano judicial revisor se circunscribe a los alcances de la apelación (también a los de la adhesión a ella y a las absoluciones del recurso y de la adhesión), siéndole prohibido ir más allá de ese marco. En consecuencia, no puede beneficiarse al recurrente en más de lo que hubiera solicitado, estando, asimismo, impedido de perjudicar al apelante despojándole de aquello que la resolución impugnada le hubiese otorgado o reconocido. Esto significa que, de declararse fundado el recurso de alzada, el superior jerárquico debe proceder a la reforma de la resolución reclama guardando correspondencia con lo efectivamente solicitado por el apelante, sin exceder aquello que fue expresamente petitionado por éste. También supone que la resolución recurrida no es susceptible de ser reformada en perjuicio del apelante, vale decir, la decisión del órgano judicial revisor no puede desconocer los extremos favorables al impugnante contenidos en la resolución del juez a quo, ni mucho menos imponer algo que no fue ordenado por este último en el acto procesal cuestionado (a no ser que la parte contraria igualmente hubiese impugnado la resolución o formulado adhesión a la apelación). La



no modificación de al resolución recurrida en perjuicio del –único- apelante constituye el postulado del principio de la prohibición de la reformatio in peius”, denominado también de la limitación del objeto procesal o de la prohibición del empeoramiento de la posición del apelante.

El principio de la “reformatio un peius” alude, pues, al impedimento del órgano de apelación para modificar la resolución objetada en perjuicio del apelante, salvo en los supuestos de existencia de otro recurso de apelación contra resolución del juez a quo o de adhesión de la contraparte a la apelación presentada.

Escobar Fornos cataloga al principio que niega la reformatio in peius como “...la prohibición del tribunal superior de empeorar la situación del apelante, si no existe apelación o adhesión por parte del apelado...” (ESCOBAR FORNOS, 1990: 224).

Couture estima que “la reforma en perjuicio (reformatio in peius) consiste en una prohibición del juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario” (COUTURE, 1985: 367). Agrega Couture que “el principio de la reforma en perjuicio es, en cierto modo, un principio negativo: consiste fundamentalmente en una prohibición...” (COUTURE, 1985: 368).

El principio que prohíbe la reformatio un peius presupone – conforme señala Luis Loreto- que “...el juez de alzada no puede reformar empeorando la situación del apelante, principal, sino cuando la contraparte haya interpuesto también apelación principal o adherido a la apelación contraria” (LORETO 1975:687).

Según De la Rúa, “...esta prohibición significa que con motivo del recurso y a la falta de recurso contrario no se puede agravar, perjudicar o empeorar la situación obtenida por el recurrente, de modo que se contraría el objeto defensivo del recurso y se lo derive de su finalidad específica de obtener una ventaja o un resultado más favorable del proceso...” (DE LA RUA; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1: 144).

Para De Santo, “la prohibición de la reformatio in peius (reforma en perjuicio) significa que el órgano ad quem al conocer, no puede modificar el fallo del inferior en perjuicio del propio recurrente, si la contraparte a su vez no se alzó también contra el fallo” (DE SANTO, 1987, Tomo VIII-A: 126-127).



El principio que analizamos encuentra justificación en el hecho de que el impugnante de una resolución judicial aspira aliviar o perfeccionar su situación procesal y resultaría sumamente ilógico e inconsciente que, en virtud de su propia actividad dirigida a la obtención de tal finalidad, se vea agravado su estado y se resuelva en contra suya a pesar que la contraparte consintiera en la decisión del inferior jerárquico, máxime si se tiene en cuenta que la apelación representa un derecho subjetivo concedido al interesado exclusivamente para su protección.

De Santo considera que “este principio procesal halla su justificación en cuanto quien ataca un pronunciamiento procura mejorar su situación no empeorarla, cosa que ocurriría si mediante su propia impugnación dicho pronunciamiento se altera en su contra, máxime si el adversario lo consintió” (DE SANTO, 1987, Tomo VIII-A: 127).

El principio de la “reformatio in peius” le confiere, pues, al apelante la posibilidad de solicitar la reforma de una resolución que considera injusta sin el temor de que su pedido pueda ocasionarle un mayor perjuicio del que le fuera impuesto en primera instancia. “...si aquellos que considerándose perjudicados por la sentencia de primera instancia- o por algún capítulo de la misma temieran interponer el recurso ante la posibilidad de verse empeorados, la propia finalidad recursiva quedaría sin coherencia práctica” (AZPILICUETA; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:145).

El principio de la prohibición de la “reformatio in peius” reposa en la diferencia de objetos entre la primera y segunda instancia. Esta última no comprende el objeto de la primera (encuadrado –principalmente- en la demanda y su contestación) sino que abarca tan solo el contenido de la pretensión impugnatoria. De allí que no se pueda reformar la resolución recurrida en perjuicio de quien propicio la vía impugnativa y fijo sus alcances mediante el correspondiente recurso de apelación (siempre que fuese el único).

El principio de la prohibición de la “reformatio in peius” deriva del principio dispositivo que rige en materia impugnativa (pues la revisión en segundo grado procede a instancia de parte) y representa, además, una expresión del principio de la personalidad de la apelación, el cual, como hemos visto, establece que el planteamiento de dicho recurso aprovecha únicamente al apelante.



De santo pone de relieve que la prohibición de la reformatio in peius "...reconoce su fundamento en el principio dispositivo e implica, en definitiva, una señalada reducción de los poderes de los jueces superiores, que no pueden alterar el pronunciamiento sometido a su revisión en perjuicio del propio recurrente" (DE SANTO, 1987, Tomo VIII-A: 135).

"La prohibición de reformatio in peius constituye también una aplicación del principio del "congruencia"; este principio alude a la correlación que debe existir entre las resoluciones judiciales y las pretensiones o peticiones de las partes. La medida de la apelación está determinada por lo agravios (TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM) y el tribunal de alzada no puede ir mas allá de los límites marcados por el recurso y los agravios; por ello no puede modificar la resolución en grado en perjuicio del único apelante, siendo que no ha existido apelación de la otra parte tendiente a buscar tan resultado. Sería incongruente y violaría el principio dispositivo la resolución del tribunal ad quem que perjudicaría al apelante en beneficio de la otra parte que no apeló; si la modificación en su favor de la resolución en grado, hubiera debido utilizar el medio idóneo que el ordenamiento legal le concede para procurarlo; pero ello depende de la iniciativa privada, y en caso de faltar esta iniciativa, el tribunal de alzada no puede suplirla so riesgo de caer en violación del principio de dispositivo..." (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:148).

El principio que estudiamos se explica en la presunción de que quien no impugna una resolución está consintiendo no solo lo favorable sino también aquello que no lo es. De este modo, si se infringiera el principio de la prohibición de la "reformatio in peius" se estaría introduciendo indebidamente un punto no invocado en la instancia y, lo que es peor, se conocería –irregularmente- un extremo de la resolución apelada sobre el cual consintieron los litigantes.

En relación al tema, Ramos Méndez asegura lo siguiente: Por principio la sentencia de segunda instancia no puede agravar la condena en perjuicio del apelante único, que es lo que significa la prohibición de reformatio un peius. La regla se basa más que en la posible incongruencia de la sentencia, en que los extremos consentidos por la parte que no ha apelado deben quedar incluidos en la cosa juzgada..." (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 732).



Loutayf Ranea hace notar que "...las defensas o argumentos del vencedor, rechazados o no considerados por la sentencia de primera instancia, pasan mediante el recurso de la otra parte a conocimiento del tribunal de apelaciones. En tales casos, el hecho de que ad quem esté habilitado para examinar tales cuestiones rechazadas u omitidas no significa violación de la prohibición del reformatio in peius. Los puntos de interés del apelante en ningún supuesto son modificados en su perjuicio; solamente se analizan tales planteos del vencedor, rechazados o no considerados en la sentencia de primera instancia, pero nunca ello significa el dictado por la alzada de un pronunciamiento que resulte más perjudicial para el apelante que el de la instancia en grado" (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:154).

Devis Echandia se manifiesta contrario al principio de la prohibición de la "reformatio in peius" y expone –con respetables argumentos- lo siguiente:

"...otro de los fósiles jurídicos, que contradice abiertamente los modernos conceptos sobre el interés público en la justa decisión del proceso civil, es el viejo principio de la reformatio in peius, que prohíbe al juez agravarle la situación del apelante, aun cuando el error de la providencia recurrida se encuentre, precisamente, en la parte que favorecía a éste.

Este sistema, que rige todavía en casi todos los países, consagra la personalidad del recurso y le asigna un fin de exclusivo interés privado: proteger al recurrente. Pero hoy es insostenible esa doctrina: si nadie discute que el proceso, en general, tiene un fin primordialmente de interés público, y que con él se persigue la paz y la armonía sociales, con base en la justa resolución de los litigios y de las peticiones judiciales o jurisdicción voluntaria, resulta insostenible negarle a los recursos ordinario de reposición y apelación ese mismo fin: controlar la justicia de la providencia, primordialmente en interés público y secundariamente en interés de las partes recurrentes.

Es impertinente objetar la tesis anterior, diciendo que reformar la providencia apelada en lo no pedido por el recurrente es algo similar a otorgarle al demandante en la sentencia lo que no pedido en la demanda. De ninguna manera. Son dos situaciones totalmente distintas, porque la apelación no altera la litis contestatio formada por la pretensiones y providencia recurrida, está actuando dentro de los límites de la



congruencia que esta litis contestatio le impone. Por otra parte, apelar es una actuación procesal totalmente distinta a demandar, porque aquella no implica pretensiones nuevas y debe ser entendida como la solicitud al superior, para que corrija los errores o las omisiones del inferior, de acuerdo con la demanda, las excepciones y las pruebas que del proceso aparezcan" (DEVIS ECHANDIA; citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:85).

En relación al principio de la prohibición de la reformatio in peius, el Código Procesal Civil, en el primer párrafo de su artículo 370, establece con precisión que:

"El juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa".

#### 4.2.6 LA ADHESION A LA APELACIÓN

"Cada parte puede presentar su recurso de apelación separado o independiente, en tanto en cuanto la sentencia perjudique a los dos. Pero es posible también que la parte que inicialmente no hubiese apelado interponga el recurso al observar que la otra parte lo ha interpuesto, pero entonces adhiriéndose a ese otro recurso (apelación adhesiva o por adhesión). Puede ser necesaria esta apelación si la parte pretende que se modifique la resolución en perjuicio del primer apelante (reformatio in peius), y esta modificación no podía pretenderla al haber omitido su apelación principal" (PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, 1980, Volumen1:254-255).

La adhesión a la apelación, llamada también apelación adhesiva o derivada es aquel instituto procesal que tiene lugar cuando una resolución judicial produce agravio a ambas partes por lo que, planteado, concedido y corrido traslado del recurso de apelación correspondiente, la otra parte o su representante se adhiere a él dentro del plazo que tiene para absolver dicho traslado, no coadyuvando a los intereses de quien interpuso tal recurso ni simplemente contradiciendo los fundamentos o alegaciones contenidas en él (lo que supondría su absolución), sino solicitando, al igual que el apelante, que se modifique o revoque la resolución cuestionada en lo que resulte agravante o perjudicial para el adherente y en base a la propia fundamentación del último o, inclusive, a la invocada por el apelante.



“instituto de la adhesión a la apelación se resuelve en la poder procesal conferido al apelado de solicitar en la alzada la reformatio in melius de la sentencia que le causa perjuicio, pudiendo residir los motivos de gravamen en los mismos puntos materia del recurso principal o en otro diferentes u opuestos. Se otorga así al apelado una facultad procesal amplia que debe necesariamente hacer valer en la alzada para que el juez pueda tomarla en consideración, encontrándose éste inhibido de mejorar su suerte de oficio, si el apelado no la ejerce...” (LORETO, 1975:689-690).

El adherente también impugna la resolución, en todo o en parte, si ésta no reconoce sus pretensiones plenamente. De ahí que la apelación de la que emana la adhesión es conocida como principal, en tanto que la figura que examinamos es denominada por cierto sector de la doctrina apelación adhesiva, secundaria o derivada.

Loutayf Ranea, refutando a quienes se oponen a la calificación de adhesión a la apelación por presuntamente significar que se está de acuerdo con el recurso interpuesto, indica que “...con un criterio un poco más amplio, podría resultar adecuado el término “adhesión” a la apelación, considerando que el apelado se adhiere a la apertura de la jurisdicción de la alzada (aunque con sus propios agravios) iniciada mediante la apelación principal” (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo1:290).

Agustín Costa diferencia la apelación en principal, adhesiva e incidental: “apelación principal es la que deduce la parte dentro del tiempo útil señalado para usar de ese derecho. Denominase apelación adhesiva, cuando existiendo pluralidad de actores o demandados, los que no recurrieron en el término legal lo hacen adhiriéndose a la apelación de la parte que tiene igual interés en el litigio. Por último, considerase apelación incidental el derecho que se concede al apelado para adherirse al recurso de su adversario y pedir la reforma de la decisión en contra del apelante y en su propio beneficio, sobre aquellos capítulos de la demanda que en primera instancia no le fueron concedidos...” (COSTA; Citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:290).

En opinión de Rocco, “al lado de las impugnaciones, principales y accidentales, está la impugnación (incidental) en vía adherente, en el cual quien impugna la sentencia no propone motivos autónomos de impugnación, sino que se adhiere y hace suyos, en el acto de impugnación, los motivos propuestos, mediante impugnación principal o impugnación incidental, por otra parte” (ROCCO, 1976, Volumen III: 319).



Monroy Cabra dice de la impugnación adhesiva que se da “cuando quien impugna se adhiere y hace suyos los motivos de la apelación, en cuanto la providencia le fuere desfavorable respecto de la impugnación principal o incidental propuesta por la otra parte” (MONROY CABRA, 1979:33).

Ortiz Zúñiga y Pinilla Orihuela entienden por adhesión a la apelación “...la facultad del recurrido que no apeló de adherirse a la recurrencia de su adversario...” (ORTIZ ZUÑIGA; y PINILLA ORIHUELA, 1993:166). Los mencionados autores añaden que la “apelación adhesiva se configura cuando la parte vencedora en primera instancia, pero no totalmente colmada en sus pretensiones, intenta la plenitud de su satisfacción adhiriéndose al recurso que interpone la parte vencida” (ORTIZ ZUÑIGA; PINILLA ORIHUELA, 1993:167).

A juicio de Kielmanovich, “...en la apelación adhesiva se pide un pronunciamiento en favor del apelado que se suma al que ya fue materia de estimación por parte del juez de la instancia anterior, colocando a aquél en cierta medida en uno mismo plano de igualdad que el apelante: es, si se nos permite la expresión, como si ambas partes hubiesen apelado” (KIELMANOVICH, 1989:64). El apelado –prosigue Kielmanovich– “...intenta aquí obtener la modificación de la sentencia que en lo principal le fue favorable, en aquello que le es perjudicial, aprovechando el recurso del contendiente derrotado” (KIELMANOVICH, 1989: 64).

Ramos Méndez define a la adhesión a la apelación como “...un nuevo recurso, subordinado temporalmente, por el cual el apelado recurre contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales. Sin perjuicio de extenderse más tarde sobre los aspectos procedimentales de la adhesión a la apelación, aquí interesa destacar que lo que es objeto de la adhesión a la apelación se convierte también en materia de recurso sometida al conocimiento de la Sala...” (RAMOS MENDEZ, 1992, Tomo II: 730).

Según Casarino Viterbo, “adherirse a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la que la estima gravosa el apelado...” (CASARINO VITERBO, 1984, TOMO IV: 252). “Se trata, en consecuencia, de una nueva y verdadera apelación interpuesta por el apelado, que no dedujo apelación en tiempo y forma, y utilizando el recurso deducido por su contrario” (CASARINO VITERBO, 1984, TOMO IV: 252). “La



adhesión a la apelación supone, pues, que el fallo de primera instancia agravia en parte al apelado, y que éste, prima facie, se contentó con él; pero que, posteriormente, al ver que su contrario ha apelado, desea también que dicho fallo sea enmendado en conformidad a derecho en aquella parte o partes en que lo perjudica” (CASARINO VITERBO, 1984, TOMO IV:252).

Vescovi sostiene que “...el recurso adhesivo consiste en la facultad del recurrido que no apeló de adherirse a la recurrencia de su adversario” (VESCOVI, 1988:173). “Es una posibilidad que se da a quien no ha usado de determinado medio impugnativo para beneficiarse de él a consecuencia de la recurrencia de su adversario, introduciendo, a su vez, su impugnación sobre la base de los agravios que también a él causa la providencia” (VESCOVI, 1988: 173). “...Corresponde cuando la litis es divisible, esto es, que hay varias pretensiones planteadas o resueltas por la sentencia recurrida y aparece rechazada alguna del apelado que, por ese motivo, también se asocia (se adhiere) a la apelación. Amplia el objeto del proceso en la segunda instancia, pues a los puntos que propone el apelante se agregan los que propone el apelado. Inclusive se da el caso de que la adhesión se refiera solo a las condenas accesorias. Pero es natural que, siendo en definitiva una apelación, no puede proponerse sobre los puntos que han beneficiado al adherente 8 que son los que han perjudicado al apelante, y por ello apela sobre estos)” (VESCOVI, 1988; 173-174).

La adhesión en referencia no se trata de otro recurso de apelación (formulado por el apelado), pese a ser exigible también el pago de la tasa judicial respectiva y la motivación de aquella (que supone la indicación del agravio, del vicio o error de la resolución que –se alega- lo provoca y la sustentación debida), porque:

- A) El examen de segundo grado es iniciado por la apelación interpuesta y no por la adhesión del apelado.
- B) No se produce dentro del plazo legal para apelar sino en momento posterior (dentro del plazo para absolver el traslado del recurso de apelación).
- C) No se dirige al Juez a quo: el destinatario de la adhesión a la apelación es el juez Ad quem (pues es éste el que confiere traslado del recurso de apelación y que conoce de la apelación a partir del concesorio del mismo y elevación de los actuados correspondientes).



La adhesión a la apelación representa otra oportunidad para el apelado de impugnar la resolución que le causa agravio. Es por eso que dicha figura jurídica es cuestionada, afirmándose que atenta contra la igualdad de las partes el hecho de que se conceda al litigante que dejó transcurrir el plazo para apelar una resolución otra vía o modo para impugnarla, dándosele así mayores facilidades y/o ventajas a las que tiene el justiciable que sí observó el plazo legal para recurrir la resolución que le produce gravamen. El adherente no impugna, entonces, la resolución por propia iniciativa sino que se aprovecha de la del apelante para cuestionar la decisión judicial aunque con otros argumentos y en procura de salvaguardar sus intereses personales.

Acerca de la naturaleza y finalidad de la adhesión a la apelación, Loutayf Ranea nos informa que "...dos sin principalmente los criterios fundamentales que existen. Por un lado, se opina que la adhesión a la apelación es un instituto que se concede a quien la sentencia le ha sido parcialmente desfavorable, para que exprese sus agravios en la alzada, cuando no quiso apelar en forma originaria y principal, para no demorar el trámite de la causa y obtener la sentencia –con la correspondiente cosa juzgada- que ponga fin a la cuestión litigiosa" (LOUTAF RANEA, 1989, Tomo 1: 294). Este criterio – prosigue Loutayf Ranea- "...parte desde el punto de vista que el adherente no ha querido apelar originariamente para no prolongar el trámite de la causa; ello no significa el reconocimiento de la "justicia de la sentencia", sino una conformidad con ella valorando más apreciable tener una sentencia que dirima la cuestión –aunque le resulte parcialmente desfavorable- a continuar el desarrollo del proceso, con la pérdida de tiempo que lo implica. Pero, habiendo apelado la contraria, propósito que tuvo el adherente para no apelar, se ven desvirtuados. Por ello todos los derechos que le hubieran correspondido en caso de ser apelante principal" (LOUTAF RANEA, 1989, Tomo 1: 295). La otra concepción – anota Loutayf Ranea, 1989, Tomo 1:295). La otra concepción –anota Loutayf Ranea- "...parte desde otro punto de vista; la falta de apelación (en forma principal) del adherente no es vista como el deseo de éste de no prolongar el pleito; por el contrario, considera que ha sido una actitud negligente de la parte en la defensa de su derecho. Por ello, los sostenedores de esta concepción no son partidarios del instituto de la adhesión a la apelación; o al menos consideran que la apelación adhesiva debe ser meramente accesorio o condicionada a la principal, en el sentido de que no puede el adherente gozar de las mismas



ventajas y derechos que el apelante principal, por ello sería premiar la negligencia del primero..." (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1: 295-296).

En relación a lo expresado, Vescovi enseña que los "argumentos en favor o en contra de la adhesión son variados, pero en general fincan, por un lado, para oponerse al instituto, en sostener que quien se considera perjudicado debe apelar y no esperar la apelación de otro. Al contrario, se dice, en favor del instituto, que quien no usó de la apelación, no lo hace solamente por considerar la sentencia justa y beneficiosa, sino también, a veces, por el deseo de concluir el litigio y no exponer el negocio a nuevas contingencias, ahorrándose gastos y molestias. Se ha dicho que quienes defienden la adhesión lo hacen por argumentos más bien sentimentales, pues técnicamente resulta inobjetable decir que si el perjudicado no apelo no lo debe hacer luego, porque apela su contraparte, basado en otros puntos. Pero en realidad, no se trata de argumentos sentimentales, sino prácticos, para evitar que quien obtuvo satisfacción (aunque no total) de la sentencia, apelara "por las dudas "que su contrario abra una nueva instancia..." (VESCOVI, 1988: 176).

Sobre el particular, Leviathan refiere lo siguiente: Cuando una parte, en lo fundamental, resulto beneficiada con la sentencia, no puede apelar. Pero si puede apelar la sentencia la parte que resulto perdedora; en cuyo caso el tribunal de alzada puede modificar total o parcialmente, perjudicando los derecho de quien no la había apelado, por la circunstancia antedicha. Por esa razón, se faculta a la ganadora a que adhiera a la apelación de la contraria, sea en primera instancia, o en segunda, al contestar la expresión de agravios de su oponente, de manera que pueda replantear todas las defensas o rubros desestimados en la sentencia en primera instancia que, como dijimos, le resulto favorable (...). En efecto, quien gano el pleito no puede apelar la sentencia, por serle favorable en lo fundamental; pues las defensas suyas desestimadas, no tuvieron entidad jurídica suficiente para enervar sus derechos a la totalidad de los rubros demandados. Y sin agravios, no hay apelación" (LEVIATAN, 1986:38-39). Al apelar la contraria –concluye dicho autor-, la alzada recupera plenos derechos para estudiar todas las cuestiones planteadas por el apelado. Nada más justo, por tanto, que la parte que no pudo apelar posteriormente haga la defensa de sus derechos" (LEVIATAN, 1986: 39).



A decir de Luis Loreto, “Los poderes del juez de alzada para conocer y definir la causa, se hallan condicionados por las peticiones de los litigantes y limitados por el gravamen que les causa la decisión. Tal sistema, si se mantuviese en su rigidez absoluta, obligaría necesariamente a cada parte que se sienta agraviada por el fallo, a interponer apelación principal dentro del término perentorio establecido para ello, dejando sin protección alguna al litigante perdidoso que no se alzó oportunamente. La fundamentación filosófica y política de la adhesión a la apelación contraria se halla, precisamente, en esa actitud pacífica del litigante perdidoso y en la seguridad que ella procura” (LORETO, 1975: 678). Termina dicho autor haciendo hincapié en que “la adhesión se fundamenta en idéntico interés del que sirve de móvil a la apelación, y como ella, persigue los mismos fines de reparar el agravio que causa el fallo al adherente” (LORETO, 1975: 687).

En lo concerniente a los requisitos de la adhesión a la apelación, Casarino Viterbo asevera que “...dos requisitos (...) deben concurrir para que pueda tener lugar la adhesión a la apelación: que la sentencia de primera instancia cause agravios al apelado; y que exista una apelación contraria pendiente” (CASARINO VITERBO, Tomo IV: 253).

Luis Loreto concuerda con Casarino Viterbo al sostener que “el derecho o poder de adherir presupone la existencia de dos requisitos, a saber: a) la admisión de una apelación principal interpuesta por la parte contraria contra una misma sentencia y b) un gravamen (daño o perjuicio)” (LORETO, 1975:687).

Por su parte Loutayf Ranea indica que los requisitos de la adhesión al recurso de apelación son los siguientes:

- a) Que exista una apelación principal. Ella abre la instancia de la alzada.
- b) Que el apelado haya resultado parcialmente vencido en la sentencia recurrida por la otra parte, quien, a su vez, resultará vencida parcialmente también. Este requisito se justifica, teniendo en cuenta que, para que la parte pueda expresar sus agravios, es necesario que haya resultado vencida en algo; caso contrario –es decir, si resultad vencedora en todo- no tiene de que agravarse y solo debe limitarse a contestar los agravios de la contraía (...). Es decir, al igual que la apelación principal, debe existir “gravamen” e “interés” que justifique la apelación adhesiva.



- c) Que la apelación de ambas partes se dirija contra la misma sentencia
- d) (...) El que la resolución impugnada sea susceptible de apelación y ello es lógico porque no sería razonable que se permitiera impugnar, a través de la vía de la adhesión, lo que no se podría hacer por medio de una apelación principal. Por otra parte, tratándose de una resolución inapelable, por inadmisibile no podría haber una apelación principal a la cual adherirse.
- e) (...) La inexistencia de una apelación principal previa del adherente que haya sido desestimada por inadmisibile o que, admitida, no haya sido debidamente aprovechada (...). Sin embargo, la interposición de un recurso principal fuera del plazo no debería impedir la adhesión posterior; en realidad, frente a la preclusión de la etapa por vencimiento del plazo, poca importancia tiene el que la parte interponga luego la apelación principal o no como para negar la adhesión posterior en el primer caso y admitirla en el segundo; la preclusión de la etapa sin aprovecharla es común justamente a quien ha mostrado su interés en la impugnación, interponiendo la apelación extemporánea, se lo castigue por tal circunstancia negándole la posibilidad de la adhesión posterior. tampoco debería impedir la adhesión el hecho que previamente se hubiera interpuesto una apelación principal por quine no justifico debidamente la personería; si este acto (la interposición de la apelación principal no puede resultar en beneficio de la parte al no poder ser tenido como una apelación suya debido al defecto de representación, tampoco puede redundar en su perjuicio como para impedirle luego la adhesión a la apelación contraria" (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:291-293).

El legitimado para formular adhesión a la apelación es el (los) apelado (s), o sea, la contraparte de quien planteo el recurso de apelación. De ninguna manera el litisconsorte del apelante puede adherirse a la apelación por encontrarse en la misma posición procesal (activa o pasiva) que él.

Kielmanovich subraya que "...la apelación adhesiva deviene de todas formas absolutamente inadmisibile cuando el apelado ha resultado victorioso en todas sus pretensiones inadmisibile cuando el apelado ha resultado victorioso en todas sus pretensiones, o inversamente si ha sido derrotado en todas sus defensas, ya que en el primer caso no existiría agravio que permitiera adherir al recurso; y en el segundo,



un interés válido para su deducción por parte de la contraria, quien en definitiva aparecería como el vencedor en la contienda, que por tanto, al no poder apelar impediría adhesión alguna" (KIELMANOVICH, 1989:64-65).

En materia de discusión el determinar si la adhesión a la apelación es autónoma o subordinada respecto del recurso del mismo nombre. Para unos dicho instituto procesal reúne las características de todo recurso de apelación sin serlo, por lo que, en consecuencia, es autónomo, su naturaleza adhesiva supone que requiere de la apelación para poder emerger, lo que no le resta autonomía en la medida que, una vez producida la adhesión, su eficacia no está condicionada a la subsistencia del trámite correspondiente al recurso de apelación. Para otros, en cambio, la adhesión no es una figura independiente por cuanto se halla subordinada a la apelación y, precisamente por ser descripta es la más acertada, máxime si se tiene en cuenta que, por ejemplo, el desistimiento del recurso de apelación no afecta el trámite de la adhesión a dicho medio impugnatorio.

Para Goldschmidt, la adhesión a la apelación "...es accesoria, lo que significa que deja de tener efecto si el recurso es retirado (desistimiento) o no se admite (...). En cambio, la infundamentación del recurso no quita la fuerza a la adhesión..." (GOLDSCHMIDT, 1936:410)

En la misma línea se encuentra Luis Loreto al señalar que el recurso de apelación adhesivo "...va como adherido al principal y sigue formalmente el progreso y destino de este, del cual depende en su existencia y duración, estando su estabilidad procesal supeditada a la del principal" (LORETO, 1975: 691). La adhesión a la apelación –continúa Luis Loreto- "...es un recurso de naturaleza peculiar, por cuanto, a diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación principal, con el adhesivo el adherente no inicia una nueva instancia que encuentra ya constituida, en la cual se injerta, aprovechando sus efectos, y, siendo un auxilio que se deriva directamente de la ley apoyado en la apelación contraria, no es menester que se admita por el Juez; no tiene efectos suspensivos ni devolutivos propios, aprovechándose de los ya producidos por la apelación contraria. Conforme a la estructura y finalidad que tiene y persigue la adhesión, es un remedio de naturaleza subordinada a la del recurso principal, de forma que toda causa que ponga fin a éste, (...) acarreará también el



perecimiento del recurso adhesivo, que queda así falto de base e igualmente ineficaz..." Loreto, 1975; 691-692).

En cuanto a la dependencia o autonomía de la adhesión a la apelación, Vescovi apunta lo siguiente:

"No cabe duda (...) de que la adhesión tiene cierta dependencia del principal; dicho de otra manera, tiene, también, cierta autonomía. Puesto que por un lado depende de aquel, si no se apela no hay adhesión, la oportunidad para adherirse es cuando se contesta el traslado de la apelación, puesto que la mayoría de los sistemas admiten que, aunque haya vencido el plazo la contraparte, al recurrir una de ellas, se abre para la otra un nuevo plazo, al contestar el traslado. Al punto que se dice, con razón, que si lo que se hace es apelar con posterioridad al otro, no hay una verdadera adhesión; no hay apelante y adherente, hay primer y segundo apelante, lo cual inclusive, determina una diferencia en el procedimiento (...). Por otro lado, el recurso (adhesión) tiene cierta autonomía, no se refiere (...) a los puntos traídos a la segunda instancia por el apelante, sino que plantea nuevos puntos (en esto consiste su propia esencia), esto es, reclama respecto de los perjuicios que a él (Adherente) da traslado, generalmente, al apelante, como de los agravios de éste se da traslado a la contraparte. Hay entonces dos recursos, dos expresiones de agravios y sus contestaciones y diversos objetos propuestos al tribunal superior.

Ante esta autonomía (dependencia-autonomía) se plantea un principal problema práctico: si la apelación cae o se desiste de ella. ¿Qué sucede con la adhesión? Por un lado, se dice: como es dependiente, también cae; por el otro, invocando su autonomía, se dice que mantiene su efecto.

(...)

(...) La más relevante doctrina hace una distinción que consideramos necesaria para la más correcta solución al problema. En este sentido distingue la validez (la inexistencia) de la apelación principal, del simple desistimiento del apelante. Este último se entiende, casi unánimemente, que no hace caer la adhesión; ella es autónoma en el sentido de que una vez interpuesta (...) no puede quedar al arbitrio de la otra parte; en cambio, si el recurso carece de existencia porque fue introducido fuera del plazo (caso más común, podría ser también por quien carece de



legitimación...), entonces la adhesión cae, porque ella nació como consecuencia de aquel recurso. (...) Parece lógico que la independencia llegue hasta el punto de impedir que el desistimiento del apelante haga caer la adhesión que aparece como un verdadero recurso de apelación, dentro del (nuevo) plazo concedido al apelado para recurrir; parece, a su vez, que la dependencia, que hace abrir el nuevo derecho (plazo) frente a la apelación, determine la extinción de la adhesión si la apelación carece de existencia o se declara que no existió (porque fue interpuesta fuera de plazo generalmente)" (VESCOVI, 1988: 177-179).

La adhesión, como forma de impugnar que es (en la que debe precisarse el agravio y el vicio o error que lo motiva, así como observarse determinadas formalidades), presupone una manifestación de voluntad de carácter expreso e indubitable. Del mismo parecer es Luis Loreto, quien destaca que "la voluntad de adherir a la apelación contraria no se presume y ella debe aparecer de una declaración expresa, o de actos concluyentes o inequívocos en tal sentido..." (LORETO, 1975: 695). Sin embargo, "...se ha denominado también como "adhesión" a la apelación, pero este caso, "implícita", a aquel supuesto en que se encuentra el vencedor en juicio respecto de aquellas cuestiones oportunamente planteadas por su parte en primera instancia, que hubiesen sido resueltas en su contra por la sentencia en grado o que se hubiese omitido su tratamiento en atención a que la solución dada a las otras cuestiones hacía innecesario su tratamiento. Como vencedor, esta, parte no podría apelar del fallo que en definitiva no le era desfavorable. Pero tales cuestiones quedan implícitamente sometidas, como consecuencia del recurso de la otra parte, al tribunal de alzada quien, llegado el caso –es decir, si considera procedentes los agravios de la apelante– debe también analizarlas y resolverlas..." (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:308).

El Código Procesal Civil, acerca de la adhesión al recurso de apelación establece lo siguiente:

- En los procesos de conocimiento y abreviado, al contestar el traslado del escrito de apelación contra la sentencia (que se confiere por el plazo de diez días), la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días. Si hubo adhesión, con la absolución del apelante el proceso queda expedito para ser resuelto, con la declaración del Juez superior en tal



- sentido, señalando día y hora para la vista de la causa (art. 373 –tercer, cuarto y quinto párrafos- C.P.C.).
- En los procesos de conocimiento y abreviado el plazo para adherirse a la apelación de autos con efectos suspensivo y para su contestación es de tres días de conferido el traslado del recurso o de la adhesión, respectivamente. El secretario de Juzgado enviará el expediente al superior dentro de cinco días de concedida la apelación o la adhesión –si la hubo-, bajo responsabilidad (de acuerdo a lo previsto en el art. 376 – inciso 1) y cuarto párrafo- del C.P.C.).
  - En los procesos sumarísimos, de ejecución y no contenciosos la adhesión a la apelación concedida con efecto suspensivo, se sujeta a lo dispuesto por el artículo 376 del Código Procesal Civil (de conformidad con los arts. 558, 691 –segundo párrafo- y 756 del C.P.C.). Por consiguiente, el plazo para adherirse y para su contestación, si la hubiera, es de tres días de corrido el traslado del recurso o de la adhesión, en ese orden. El secretario de Juzgado enviará el expediente al superior dentro de cinco días de concedida la apelación o la adhesión –si la hubo-, bajo responsabilidad (Art. 376 –inciso 1) y cuarto párrafo- del C.P.C.).
  - La adhesión a la apelación de autos sin efecto suspensivo (en toda clase de procesos) debe tener lugar dentro de tercero día de notificado el concesorio de la apelación, pudiendo el adherente, de considerarlo, pedir al Juez que agregue al cuaderno de apelación los actuados que estime conveniente, previo pago de la tasa respectiva (art. 377 –segundo párrafo- del C.P.C.).
  - La adhesión (a la apelación) que no acompañe el recibo de la tasa, se interponga fuera del plazo, no tenga fundamento o no precise el agravio, será de plano declarada inadmisibles o improcedente, según sea el caso (art. 367 –segundo párrafo- del C.P.C.).

El desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión. Puntualizamos que, no obstante estar incluida esta disposición dentro del artículo 373 –último párrafo- del Código Procesal Civil, que se versa sobre el plazo y trámite de la apelación de sentencias, resulta aplicable no solo para la adhesión al recurso de apelación dirigido contra una sentencia, sino que además lo es tratándose de la adhesión a la apelación



de autos con o sin efecto suspensivo. La inclusión de dicha regla de carácter general en el citado artículo obedece simple y llanamente a un error de técnica legislativa.

#### 4.2.7 EL PROBLEMA DE LA ADHESION A LA APELACIÓN

Dice Luis Loreto que "...para apelar y adherir a la apelación contrario es menester tener interés en ocurrir al tribunal de alzada, por estimarse que la sentencia de primera instancia no ha satisfecho plenamente las respectivas pretensiones de las partes. En realidad, el interés que las mueve a apelar y a adherir, no es sino el mismo interés originario de la acción y la defensa, que la sentencia recurrida dejó total o parcialmente insatisfecho..." (LORETO, 1975: 686-687). "Pero ese interés meramente procesal a la apertura de una nueva discusión no basta por si solo para legitimar la apelación. Es menester que el dispositivo de la sentencia recurrida no satisfaga plenamente las pretensiones que hicieron valer las partes en la primera instancia, de forma que, si la sentencia queda firme, el litigante insatisfecho con la decisión sufriría un daño..." (LORETO, 1975: 686-687).

Para la procedencia del recurso de apelación es necesario que haya un interés que amerite la interposición de dicho medio impugnatorio tal interés representa un requisito de orden subjetivo y emana del agravio que la resolución del juez a quo produce al apelante. El interés que impulsa al apelante a plantear el recurso que estudiamos deriva, pues, del agravio o gravamen causado al recurrente mediante una resolución injusta y que abre la instancia recursiva.

El agravio constituye el perjuicio, ya sea patrimonial o moral, que la resolución provoca al impugnante, y puede ser visto como la diferencia o disconformidad entre lo solicitado y lo resuelto. El interés del recurrente en la apelación es determinado por la existencia del agravio y la posibilidad de que el mismo pueda ser reparado por el juez ad quem cuando se pronuncie sobre el recurso de apelación. La sola infracción de la ley que no ocasiona agravio alguno a las partes no resulta suficiente para formar el interés necesario para apelar.

Kielmanovich apunta que para apelar "...se exige la presencia de un interés procesal (material o moral) y personal de quien apela, el cual se halla representado por el perjuicio o gravamen que la resolución apelada le ocasione, medido en general por la



discordancia entre lo pedido por la parte y lo acordado o decidido por el tribunal” (KIELMANOVICH, 1989: 32-33).

Según Vescovi, el agravio “es el perjuicio que, en virtud de la sucumbencia, tiene que sufrir la parte para estar habilitada para introducir este recurso. Que justamente tiene por finalidad esencial reparar dicho perjuicio...” (VESCOVI, 1988:106).

Se afirma que el vencimiento en la cuestión debatida es lo que hace nacer el agravio del sujeto procesal vencido y si interés en conseguir, a través de la formulación del recurso de apelación, que la situación gravosa sea remediada por el superior jerárquico. Así lo deja entrever Rocco cuando expresa que “el interés para apelar (...), como el interés para impugnar las sentencias, en general, nace del vencimiento y es, por tanto, independiente de la naturaleza particular del vicio de construcción de que pueda estar afectada la sentencia de primer grado, y por cualquier vicio de que la sentencia pueda estar afectada” (ROCCO, 1976, Volumen III: 343-344). Similar modo de pensar tiene Liebman, quien aduce que “la vía de apelación para obtener un nuevo juicio del juez superior está abierta a la parte por el solo hecho del vencimiento y sin limitación de los motivos que se puedan hacer valer para sostener que la sentencia de primera instancia fue el fruto de errores de actividad o de juicio, o que, aun sin error alguno, es diversa de la que debería ser para responder a la verdad de los hechos y del derecho a ellos aplicable” (LIEBMAN, 1989:478). En razón de lo expuesto, el vencedor o favorecido con la resolución se halla impedido en líneas generales la resolución, puede recurrir si la declaración de derecho en su favor contenida en ella es de naturaleza jurídica diversa a la peticionada, por lo que no podría hacer efectivo su derecho o lo dificultaría enormemente. Además, el vencedor está facultado para apelar la resolución que le favorece de manera general cuando el juez a quo omitió pronunciarse sobre alguna o algunas de sus peticiones.

Sostiene acertadamente Loutayf Ranea que el agravio o perjuicio que amerita la interposición del recurso de apelación “...puede devenir, ya porque se han rechazado las pretensiones o peticiones del recurrente, o porque se han acogido las pretensiones de la contraria que son desfavorables para el recurrente (que también se da en el caso en que sin haber hecho ningún planteo la parte por encontrarse en rebeldía es condenada en virtud de las pretensiones de la contraria), o cuando se ha



omitido pronunciamiento sobre las cuestiones oportunamente planteadas...” (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:199).

El agravio puede ser total o parcial, dependiendo de si la resolución en su integridad o solo parte de ella afecta al apelante. También se dice que aquel será total cuando al impugnante no se le concede absolutamente nada de lo peticionado, y parcial, si sus pretensiones fueron satisfechas en parte.

Por otro lado, el agravio no sólo es susceptible de ser patrimonial o material sino que puede ser inclusive de índole moral.

El agravio tiene que ser personal, caso contrario, no procedería la apelación interpuesta, pues no es posible alegar agravios de terceros si el impugnante carece del poder de representación respectivo.

El agravio que amerita la apelación debe ser concreto y actual, esto es, debe existir al tiempo de interponer dicho recurso y permanecer vigente hasta la expedición de la resolución de segunda instancia. “la lesión o gravamen debe ser actual, tomando para ello en consideración el tiempo en que se dictó la resolución recurrida (no se admite el recurso contra resoluciones futuras) y su contenido...” (KIELMANOVICH, 1989:33). La eventualidad del perjuicio implica la improcedencia del indicado medio impugnatorio, pues no cabe en la apelación la decisión sobre agravios futuros, o hipotéticos. Es de destacar que, de haber efectivamente interés en recurrir, si éste desapareciera, la cuestión en debate se vuelve abstracta y escapa al dominio de los órganos jurisdiccionales, los cuales, por ser su función solucionar conflictos de intereses o pronunciarse sobre incertidumbre jurídicas, se hallan impedidos de emitir declaraciones simplemente generales o abstractas.

El agravio que funda la apelación no se halla contenido en los considerandos de una resolución (auto o sentencia), sino en su parte dispositiva, por cuanto los perjuicios o gravámenes que dan lugar a la apelación están constituidos por las decisiones adoptadas por el juzgador y no por su fundamentación. No obstante, por excepción, son materia de impugnación las motivaciones de la resolución cuando estas significan directivas orientadas a interpretar o fijar el marco de ejecución u observancia de la decisión (por lo que se asegura que integran en forma implícita la parte dispositiva de la resolución). Kielmanovich coincide con lo expuesto al manifestar que “...el agravio



debe encontrarse localizado, en principio, en la parte dispositiva de la sentencia, no siendo apelables por lo tanto los “considerados”, salvo cuando ellos inciden o determinan su interpretación o suministran directivas enderezadas a orientar su cumplimiento, o incurren en consideraciones extrañas o impropias al contenido de la resolución” (KIELMANOVICH, 1989:35).

“...El análisis sobre la existencia de interés o agravio que justifique la apelación lo debe hacer el juez encargado de conceder o denegar el recurso. Tal análisis, lógicamente, lo debe realizar el tribunal a quo en el momento de dictar la providencia de concesión o denegación del recurso. Y ello sin perjuicio de lo que en definitiva decida el tribunal de segunda instancia, dado que, como juez del recurso, está habilitado para analizar sobre la existencia o no de gravamen o interés” (LOUTAYF RANEA 1989, Tomo 1:209).

### **RENUNCIA Y DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN**

“Tratándose del recurso de apelación, al término “ternuncia” puede dársele un significado amplio y otro restringido. La renuncia en un sentido amplio comprende todos los supuestos de abandono del derecho a un nuevo examen de la sentencia de primera instancia por parte del tribunal ad quem; dentro de este concepto amplio cabe incluir a toda renuncia realizada antes o después de dictada la resolución de primera instancia o de interpuesto un recurso determinado. En cambio, con un significado restringido se entiende por “renuncia” el abandono de la facultad de recurrir realizado anticipadamente es decir, con anterioridad a la interposición del recurso...” (LOUTAYF RANEA, Tomo 1:237).

La renuncia del recurso de apelación constituye la declaración expresa emitida por los sujetos procesales en el sentido de no hacer uso de su poder de impugnación respecto de las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, dan término al litigio. Tal declaración es efectuada antes de expedirse la correspondiente decisión judicial, asignándose a ésta, en forma anticipada, el carácter firme, siempre que la renuncia provenga de ambas partes. Se prescinde así, voluntariamente, del derecho que tienen los justiciables a recurrir una resolución con el objeto de que sea reformada por el superior jerárquico.



Al ser la renuncia un acto procesal de disposición tienen que realizarla las partes o sus representantes, siempre que éstos cuenten con facultades especiales para tal fin.

Siendo una facultad del interesado el impugnar una resolución, la apelación es un acto procesal opcional que puede realizar o no el interesado. En consecuencia, nada obsta que se renuncie preliminarmente a esta facultad, salvo si se está ante asuntos que tienen que ver con el orden público y las buenas costumbres o que el ordenamiento jurídico prevé como irrenunciables.

Leviatán anota que "...apelar una sentencia es el ejercicio de un derecho. Pero no es imperativo que se ejerza. El agraviado puede o no apelar. Como la apelación no atañe al orden público, puede renunciarse a ese derecho..." (LEVIATAN, 1986:40).

Agustín Costa asevera que "...concebida la apelación como un derecho subjetivo de control de la jurisdicción, la posibilidad de renunciar a este derecho se explica con facilidad, puesto que la doble instancia no es un episodio fatal y necesario, para el desenvolvimiento de la jurisdicción, sino que ésta queda satisfecha con el primer fallo; el orden público no se altera por la falta de ejercicio de este derecho, porque la obligación del Estado de administrar justicia está cumplida con la sentencia de primera instancia, que goza de una presunción de justicia" (COSTA; Citado por LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:239).

La renuncia a interponer recurso de apelación puede ser unilateral o bilateral, en la medida que sea una o ambas partes respectivamente, las que la efectúen. Es de resaltar que nada impide que tal renuncia, como acto procesal que es, pueda ser objeto de desistimiento o retractación, lo cual supone que, una vez aprobado por el Juez, el (los) renunciante (s) recupera (n) su facultad para apelar. Cabe señalar que la oportunidad para retractarse del acto procesal en que consiste la renuncia a interponer apelación será hasta antes de expedirse la resolución a que se contra la renuncia, si ésta es bilateral, pues, en virtud de la renuncia, una vez emitida la resolución sobre la que versa dicho acto de disposición tendrá la calidad de firme, y, como se sabe, el desistimiento de un acto procesal (léase retractación de la renuncia a recurrir) se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto. En cambio, si la renuncia a apelar es unilateral, quien la hizo puede desistirse de ella hasta antes que transcurra el plazo legal de apelación, pues, una



vez vencido, habrá surtido efecto la situación procesal que se renuncia al no ser ya posible recurrir la respectiva resolución.

Vescovi se opone a la figura de la renuncia a los medios impugnativos (como el de la apelación) y manifiesta que "...conforme al principio general que las normas no pueden ser renunciadas anticipadamente, creemos que no pueden admitirse como válidos los convenios entre las partes que así lo resuelvan..." (VESCOVI, 1988:53). La mayor parte de la doctrina, en cambio, admite la figura de la renuncia a los medios de impugnación.

El código procesal civil regular en su artículo 361 la renuncia a recurrir en general, es decir, dicho numeral es aplicable para toda clase de recursos, incluyéndose así a la renuncia de la apelación. El citado artículo prescribe lo siguiente:

"Durante el transcurso del proceso, las partes pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin. Esta renuncia será admisible siempre que el derecho que sustenta la pretensión discutida sea renunciable y no afecte el orden público, las buenas costumbre o norma imperativa".

Por otro lado, el desistimiento del recurso "...es el abandono del recurso ya interpuesto que hace el recurrente, a través de una declaración de voluntad formulada antes el juez a quo o ante el tribunal ad quem, según el momento del desistimiento. Es decir, el "desistimiento" de recurso presenta la particularidad de referirse a un recurso ya interpuesto, y de que la declaración de voluntad se formula ante el órgano jurisdiccional" (LOUTAFY RANEA, 1989, Tomo 1:251).

El desistimiento del recurso de apelación consiste, pues, en la declaración expresa del apelante de dejar sin efecto el recurso interpuesto, por lo que, una vez aprobado por el Juez, hace quedar firme la resolución recurrida, siempre y cuando la otra parte no haya también apelado o formulado adhesión en cuyo caso continúa el procedimiento impugnatorio en segunda instancia.

Dice Vescovi sobre el particular que "...es válida la renuncia al recurso ya interpuesto, lo que se realiza por medio del desistimiento. En este sentido tanto puede desistirse antes o después del concedido el recurso" (VESCOVI, 1988:54).



El desistimiento de la apelación no se presume. La manifestación de voluntad en ese sentido tiene que ser clara, indubitable e incondicional y deben observarse, además, los requisitos de ley (como, por ejemplo, su formulación a través de un escrito o mediante acta, la legalización de firma, entre otros).

Suele decirse –no sin razón- que el desistimiento del recurso de apelación puede concentrarse de modo tácito, lo cual ocurre cuando, una vez expedida la resolución que causa agravio, el interesado deja de transcurrir el plazo legal para apelar sin interponer el referido recurso.

Por tratarse de un acto procesal, el desistimiento del recurso de apelación no precisa de la aceptación o conformidad de la contraparte, surtiendo sus efectos desde que es aprobado por el órgano jurisdiccional.

Acerca de la unilateralidad del desistimiento de la apelación, Loutayf Ranea expresa que "...en el desistimiento del recurso se requiere únicamente la manifestación de voluntad de la recurrente que desiste y no resulta necesaria la conformidad de la contraria..." (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:252). Agrega Loutayf Ranea que "es verdad que hay oportunidades en las que el desistimiento de un recurso puede significar una renuncia al derecho material. Sería el caso, por ejemplo, de que rechazada la demanda en primera instancia, el actor encuentre una prueba o documento decisivo para la solución del pleito a su favor que no pudo ser presentado ante el juez a quo; si luego desiste del recurso que interpusiera contra la sentencia de primera instancia, lógicamente, esta renunciado al derecho de fondo que podía ser acogido por la sentencia del tribunal de alzada. Incluso cuando se trata del desistimiento de un recurso de apelación interpuesto contra una resolución que no es la definitiva, puede llevar aparejado una renuncia al derecho material; ello incurriría, por ejemplo, cuando se ha denegado injustamente por el juez de primera instancia una prueba decisiva para la solución del pleito a favor del recurrente; si éste desiste del recurso que interpusiera contra la denegatoria del juez, con tal desistimiento se estaría disponiendo prácticamente del derecho material..." (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:252-253). Pero termina diciendo Loutayf Ranea-, "...ya sea que el desistimiento lleve aparejado o no una renuncia al derecho material, en todo caso la unilateralidad del desistimiento del recurso se justifica. Si el desistimiento del derecho puede realizarse unilateralmente (...), lo mismo debe ocurrir lógicamente en caso de



desistimiento del recurso de apelación cuando ello implique una disposición del derecho material. Y en todo caso, debe señalarse que no existe ninguna ventaja procesal que perdería la contraria derivada del desistimiento del recurso; al contrario, ella se vería beneficiada con la cosa juzgada en que pasa la sentencia definitiva, o al menos, que no podrá modificarse en beneficio del desistente y en perjuicio de la contraria, en el caso de que esta última haya interpuesto también recurso de apelación" (LOUTAYF RANEA, 1989, Tomo 1:253).

El desistimiento del recurso puede ser total, si se quiere dejar sin efecto todo el recurso, y parcial, en caso que el apelante se desista de alguna (s) de sus pretensiones impugnatorias.

De la lectura de los artículos 341,342 –primer párrafo-, 343 –último párrafo- y 373 –último párrafo- del Código Procesal Civil se puede colegir que el desistimiento del recurso de apelación:

- No se presume. El escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance (art. 341 –primer párrafo- del C.P.C.).
- Requiere de la legalización de firma del proponente ante el secretario respectivo (art. 341 –primer párrafo- del C.P.C.)
- Es incondicional y solo perjudica a quien lo hace (art. 341 –último párrafo- del C.P.C.).
- Se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto (art. 342 –primer párrafo- del C.P.C.), o sea, antes que el recurso de apelación materia de desistimiento fuese resuelto.
- Deja firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión (art. 343 –último párrafo- del C.P.C.) o, como es obvio, que la otra parte apelara también.
- No afecta la adhesión a la apelación (art. 373 –último párrafo- del C.P.C.).

Entonces viendo las circunstancias hallamos el problema del recurso de la adhesión a la apelación en una colisión de principios a los que se recurren en una segunda instancia, de ello se puede apreciar que si la parte adherente puede invocar el principio del TANTUM DEVOLUTUM, QUANTUM APPELLATUM, en la medida del extremo que se ha visto



afectado y mellado su pretensión procesal con la finalidad de que se le otorgue una revisión y una consideración a su pretensión principal. De otra manera tenemos a la otra parte apelante que basa su pretensión en el principio de la REFORMATIO IN PEIUS, en vista de haberse visto afectado con la impugnación del adherente, dicho con un ejemplo. Se tiene una resolución que ordena pagar 500 soles, cuando el demandante pretendía 700, y el demandado reconocía 300. Teniendo en consideración que dicha resolución afecta la pretensión de ambas partes, pero visto desde el lado de la apelación se puede ver una clara afectación de derechos en la segunda instancia debido a que si en caso de que el Ad quem dirima el caso otorgando la pretensión del apelante estaría afectando de alguna manera uno de estos principios y por tanto afectando el proceso civil.

### **ALCANCES GENERALES SOBRE LA IMPUGNACIÓN PROCESAL**

La Primera Disposición Final de la Ley N° 27584, (la Ley que regula el proceso contencioso administrativo), establece que el Código Procesal Civil (CPC) se aplica de manera supletoria al proceso contencioso administrativo en los casos no previstos por dicha ley.

En esencia, tanto la Ley N° 27584 como el CPC regulan los mismos medios impugnatorios, a saber: los recursos de reposición, apelación, casación y queja; sin embargo, los medios impugnatorios regulados por la Ley N° 27584 cuentan con algunas particularidades, que posteriormente se explicará.

Antes de iniciar el estudio central de este trabajo de investigación es necesario establecer algunas diferencias entre las normas que regulan el proceso civil y el proceso contencioso administrativo. Esas diferencias son:

**PRIMERO:** Mientras el proceso civil tiene los fines que señala el artículo III del Título Preliminar del CPC, el proceso contencioso administrativo tiene como fin el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados, según el artículo 1 de la Ley N° 27584.

**SEGUNDO:** Para el proceso contencioso administrativo debe procederse necesariamente de un procedimiento administrativo que concluya con una resolución que cause estado; mientras que en el proceso civil, no existe un procedimiento previo, sólo para algunas



materias existe la exigencia de la conciliación extrajudicial, como requisito previo a la interposición de la demanda.

**TERCERO:** El proceso civil contencioso cuenta con tres vías procedimentales, a saber: conocimiento, abreviado y sumarísimo; mientras que el proceso contencioso administrativo regula dos vías procedimentales, estos son: sumarísimo y especial.

Los medios impugnatorios son mecanismos que la ley concede a las partes y terceros legitimados para solicitar al órgano jurisdiccional que se realice un nuevo examen, por el mismo Juez o por otro de jerarquía superior, de un acto procesal con el que no se está conforme o porque se presume que está afectado por vicio o error, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente.

## V. HIPOTESIS DE TRABAJO

### 5.1 HIPOTESIS

Dado que existe ausencia, análisis e interpretación en la doctrina y jurisprudencia sobre la aplicación, funcionamiento y límites del recurso de adhesión a la apelación.

Es probable que exista una disconformidad doctrinaria, jurisprudencial y falta de conocimiento de este importante instituto jurídico, en el proceso civil.

### 5.2 VARIABLES E INDICADORES

Variable	Indicadores y sub indicadores	Técnicas	Instrumentos
Recurso de Adhesión a la Apelación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Medios Impugnatorios.</li> <li>• Recurso de Apelación.</li> <li>• Procesos contenciosos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Revisión documental de normas legales.</li> <li>• Revisión documental de normas legales.</li> </ul>	<p>Ficha bibliográfica.</p> <p>Ficha bibliográfica.</p>



	<p>civiles.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencias en segunda instancia.</li> <li>• Escritos de apelación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Revisión de procesos contenciosos civiles.</li> <li>• Revisión de procesos contenciosos civiles.</li> <li>• Revisión de procesos contenciosos civiles.</li> </ul>	<p>Fichas Documentales.</p> <p>Fichas Documentales.</p> <p>Fichas Documentales.</p>
Repercusiones en el Proceso civil	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Desistimiento del proceso.</li> <li>• Limites al recurso de Apelación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Revisión documental de normas legales.</li> <li>• Revisión documental de normas legales.</li> </ul>	<p>Ficha bibliográfica.</p> <p>Ficha bibliográfica.</p>

## VI. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

### 6.1 METODO DE LA INVESTIGACION

El diseño de investigación del presente trabajo es el Método Exegético, debido que la investigación jurídica se reduce a desentrañar la voluntad del legislador expresada en



la normal tal como ha sido sancionada, limitándose a explicar y al estudio lineal de la norma tal como ella está expuesto en el texto legislativo; parten de la convicción de que existe un ordenamiento jurídico pleno, cerrado y sin lagunas. Con este método se guarda oculto la ley positiva, pues no modifica el contenido de los códigos y las leyes objeto de análisis: los respeta escrupulosamente.

Este método tiene sus límites en tanto el Derecho va adquiriendo niveles científicos, exige mayores presupuestos y condicionamientos metodológicos, empero es útil para ahondar el comentario literal, in extenso el Derecho positivo. Es pertinente si explica con detalle las normas legales de recién promulgación y requieren mayores fundamentos exegéticos. A estas alturas por ejemplo no serían tan relevante el análisis exegético del Código Civil de 1984 cuando son muchos los trabajos sobre la materia bajo esta sistemática; pero resultaría útil el desarrollo exegético del código del ambiente, o del Código Procesal Constitucional.

**METODO DOGMATICO**, en la investigación jurídica se desarrolla generalmente sobre el derecho positivo y lo conceptualmente construido, esto es, el Derecho. Según este método, el derecho debe ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en el sistema que lo integra y en razón a que no se hallan desconectadas entre sí, sino forman un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógico –normativas que le dan coherencia y jerarquía interna. La dogmatica busca conocer los principios rectores que informan la norma positiva sancionada por la autoridad con fuerza de ley, elaborando construcciones jurídicas racionales ajustadas a su materialidad, sin consideraciones extrajurídicas racionales ajustadas a su materialidad, sin consideraciones extrajurídicas, políticas, ideológicas, religiosas o éticas, de lo cual pueden evitar nuevos principios orgánicos. La dogmatica jurídica tiene como finalidad investigar el recto sentido de los preceptos y establecer coherencia lógica de las proposiciones jurídicas ordenadas de un sistema exento de contradicciones. “una de las características más saltantes de la concepción dogmática, está dada por este aislamiento del Derecho de todo contenido social o axiológico es creación del positivismo y solo tiene cabal sentido dentro de él. Este método es tal en cuando acepta como inconclusos los datos del derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización inductiva, punto de partida de



ulteriores deducciones. Es por ello que la presente tesis es dogmático porque propone deducciones.

**METODO SOCIOLOGICO**, Tiene por objeto de estudio los fenómenos y hechos sociales (objeto material). Los fenómenos sociales se refieren al modo colectivo de vivir, sentir y obrar de los hombres, expresados en la sociología Jurídica. Estudia al derecho como fenómeno social, tal como aparece en la realidad. A través del método sociológico de investiga el surgimiento de los sistemas normativos a partir de las relaciones sociales, de surgimiento de los sistemas normativos a partir de las relaciones sociales, de los procesos de cambios económicos y políticos, producidos en un contexto social. Este método es empírico de análisis causal pues, trata de examinar las causas y los efectos de la existencia fáctica de un orden jurídico. Como método permite investigar las implicancias de la aplicación de las normas jurídicas, como medio de regulación y control de las acciones sociales, en sus relaciones intersubjetivas, a fin de determinar la coherencia o incoherencia de los sistemas normativos con la realidad social. En la presente tesis existe un hecho factico, un fenómeno social; ya que la prueba de oficio en circunscribe a todo el territorio peruano y por ello se necesitan soluciones rápidas y prontas, este es un problema en la realidad actual que vivimos. Por lo que comprobado si el derecho establecido para dicha realidad cumple o no las tareas asignadas, respecto a la regulación y control racional de las relaciones interindividuales y colectivas. Si no lograra su cometido en la vida social las expectativas de comportamiento previstas en las normas jurídicas, entonces, el Derecho no habrá cumplido con su misión, las consecuencias serán los rechazos y conflictos sociales, no solo entre los destinatarios de las normas, sino entre aquellos y el estado

## 6.2 TIPOLOGIA DE LA INVESTIGACION

Este trabajo está enmarcado dentro de la investigación, jurídica-descriptiva, jurídica-propositiva, histórico-jurídico:

Jurídico-descriptivo, de acuerdo a esta tipología, la investigación consiste en describir las partes o los rasgos de fenómenos facticos o formales. Lo formal trata esencialmente de entes ideales, su método es regularmente la lógica deductiva y sus enunciados analíticos. Los fenómenos facticos se fundan en observaciones mediante



los sentidos y pertenecen al mundo real, se recurre casi siempre a la verificación; permite saber ¿Quién?, ¿Dónde?, ¿Cuándo? Y ¿Cómo?, del hecho objeto o fenómenos jurídicos. La información obtenida en un estudio descriptivo, explica el problema y supone mucho conocimiento a priori acerca del caso tratado. Por lo que en la presente tesis se habla acerca de un hecho real, fenómeno jurídico, en consecuencia se explica detalladamente sobre la prueba de oficio y su repercusión en el principio de imparcialidad, para ello se hace un estudio descriptivo de la misma en el presente proyecto de tesis.

### 6.3 FUENTES, INSTRUMENTOS Y TECNICAS

Las fuentes de información están constituidos por elementos o instrumentos que el investigador ha logrado obtener para efectuar una investigación. Estas fuentes pueden ser hechos observados en la vida real y registrados metódicamente, o documentos, esto es, toda la información escrita en sus diversas modalidades. Para ello define e identifica previamente el tipo de información requerido y donde obtenerlos.

En el derecho recurramos generalmente a la doctrina jurídica, jurisprudencia, información legislativa y a los acontecimientos extraídos de la realidad social, es decir, no excluye el análisis de hechos de las vidas reales y expresadas en muestras obtenidos en el trabajo de campo, información preciada por ser fuente de primera mano, por tanto originales, todo dependerá del enfoque, sea cualitativo o cuantitativo. "ir a la caza de la información es todo un operativo decisivo en el proceso de la investigación cumplirá con sus funciones: describir, explicar, controlar y predecir hechos.

Fuentes: para darle mayor sustento a la investigación realizada recurriremos a las fuentes primarias, son aquellas que se presentan directamente el hecho o el fenómeno en su origen mismo. Es la información adquirida de primera mano, por experiencia propia o que la obtenida no fue utilizada suficientemente en otras investigaciones. El primero, es importante, porque las fuentes fueron obtenidas directamente, sin ninguna intermediación, por el sujeto cognoscente o porque ha participado personalmente en la experiencia, para ello se recurre a la observación participante o no participante o simple. Y las fuentes secundarias, es literatura



selectiva y relevante. Se incluyen: libros, antologías, publicaciones periódicas, ensayos, monografías, tesis, documentos oficiales, reportes; conclusiones de seminarios y congresos: testimonios de expertos enciclopedias, diccionarios, abstracts. Esta información se obtiene en bibliotecas, hemerotecas, videotecas, filmotecas. Es la más usual en la investigación jurídica y requiere de ciertas técnicas fichas bibliográficas: registro de citas textuales, fichas de registro de trabajo de campo, etc.

Instrumentos: el instrumento que se empleará para recoger los datos es la guía o ficha de la entrevista. "Este es un conjunto de preguntas previamente elaboradas, en función de los objetivos e indicadores de la variable a investigarse. Estas preguntas deben ser formuladas oralmente por el investigador al investigado para registrar sus respuestas también orales. Por esta razón el otro instrumento que se puede utilizar son las encuestas.

Técnicas, la técnica se entiende por medios o instrumentos empleados y diseñados por el investigador para recoger la información deseada; los diversos procedimientos metodológicos, estrategias y análisis documentales para acopiar para procesar información necesaria, se recurrirá a la ficha de análisis documental, fichas de entrevista y uso de fichas bibliográficas de recolección de datos, trabajo de laboratorio (biblioteca)

#### 6.4 DETERMINACION DEL AMBITO, UNIVERSO Y MUESTRA

- a) **Ámbito**, El ámbito de la presente investigación corresponde al actual Código Procesal Civil, exclusivamente en el recurso de Adhesión a la Apelación.
- b) **Universo y muestra**, El muestreo cualitativo no tiene la rigurosidad de un muestreo de tipo estadístico que utiliza la investigación cuantitativa, el tipo de muestreo cualitativo le permite al investigador escoger los proyectos de muestra que puedan producir el mayor rendimiento teórico. En el Derecho no siempre trabajan con muestras para su propia esencia. En el derecho recurrimos generalmente: a la doctrina jurídica, jurisprudencia, información legislativa a los acontecimientos extraídos de la realidad social



## 6.5 TRATAMIENTO DE LA INFORMACION

Luego de haber realizado el trabajo de laboratorio (bibliotecas) y concluido con el acopio de las resoluciones de observación, se ha procedido a seleccionar la información deseada.

### 6.5.1 UTILIZACIÓN DEL PROCESADOR COMPUTARIZADO

La información clasificada y almacenada en la matriz de recolección de datos, ha sido trasladada a un procesador computarizado, en el que previamente ha implementado con el programa informático Microsoft Office 2010.

Se procedió a la redacción del trabajo de investigación de tesis.





## CAPITULO II

### CONSIDERACIONES HISTÓRICAS DEL RECURSO DE ADHESIÓN A LA APELACIÓN

#### 2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El instituto de la apelación en materia civil es de aquellos en los cuales el legislador moderno se ha limitado a reproducir sus principios directores y modalidades, sin determinar su naturaleza y alcance científicos que parecen así referidos a las concepciones que de ellos se formaron en la doctrina tradicional. Esta, frecuentemente, es varia y compleja, a tal punto que muchas veces las distintas y contradictorias opiniones hacen imposible precisar cuál fue de ellas la acogida en el sistema positivo. Sube de punto esta situación embarazosa cuando el legislador reduce su designio a mencionar escuetamente una modalidad de la institución jurídica, presuponiendo conocidos su organismo y fisiología, su alcance y finalidad sin regular los aspectos más importantes de su aplicación. Tal cosa sucede entre nosotros con el instituto de la adhesión a la apelación que, acogido rudimentariamente, ha sido considerado por la doctrina nacional como un órgano atrofiado en el sistema del proceso civil, casi inútil y en vías de desaparecer. Aun cuando en la obra de los comentaristas patrios más eminentes de las leyes del proceso civil, como son las de Feo y de Borjas, encontramos una enseñanza clara y definida con apoyo en las fuentes históricas y en la tradición ilustrada, sin embargo, la concepción que se tiene generalmente de esta institución se halla desorientada y confundida, debido a falta de precisión dogmática, a peculiaridades estructurales de nuestro proceso y a la influencia falaz y perniciosa que han ejercido enseñanzas exóticas que explican instituciones diferentes. De ahí que, para volver a la claridad y al buen camino, sea menester explorar, siquiera sea ligeramente, su remoto



origen histórico en la cultura antigua y buscar en las fuentes que de ella se derivaron, los momentos originales y expresivos que contribuyeron a su paulatina formación. Ninguna institución puede tener vigencia y funcionar acabadamente, si no se penetra en la realidad que le dio vida y se comprende el propósito práctico que ella prosigue en el plexo axiológico del sistema jurídico. Adolfo wach ha dicho en el prefacio de su obra fundamental, que es con el conocimiento de lo que quiere decir la palabra de la ley que comienza la ciencia su tarea. En este breve ensayo pretendo elucidar la naturaleza, el sentido y los aspectos más significativos del instituto de la adhesión a la apelación en el derecho positivo venezolano actual, contribuyendo así, en la medida de estas modestas reflexiones, a su elemental conocimiento.

### 2.1.1 LA REFORMA INTRODUCIDA POR JUSTINIANO AL RÉGIMEN ANTERIOR

Cuando a fines del primer tercio del siglo VI, Justiniano sustituye el principios de la personalidad del recurso de apelación por el de la comunidad en su famosa constitución *Ampliozem* (a. 530), creo una antítesis revolucionaria que dominaría señera por muchos siglos el pensamiento jurídico de la cultura occidental, recogiera luego la Glosa, y serviría después de fundamento a la síntesis dogmática que habrían de realizar los comentadores y canonistas con la teoría del gravamen, del efecto devolutivo y de la adhesión. La reforma justiniana estaba transida del anhelo de alcanzar una justicia ecuménica, que desplazara la concepción individualista y pagana del principado y del bajo imperio. Más que preocuparse por los intereses aislados de las partes en el proceso y por la certeza de sus respectivos derechos que se fijaron en la sentencia, el emperador se interesó por el triunfo de la justicia y por la igualdad de las partes en la instancia de apelación, abandonando la posición exclusivamente privatística del derecho anterior, en que el interés e impulso de los litigantes eran decisivos para la conducta del juez. Elevo así el proceso a un plano superior de valores en el cual señorea una concepción más amplia y generosa, afirmándose ya la definida orientación de su naturaleza publicista puesta al servicio de fines objetivos. Planteo así la problemática de política procesal que, a través de los siglos, han tratado de solucionar adecuadamente los variados sistemas ideados por los legisladores para dar a la estructura y al funcionamiento del recurso de apelación bases justas técnicamente eficaces y firmes.



## 2.1.2 ORIGEN REMOTO DEL INSTITUTO DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN. SU AMPLITUD. CRITICA DE MERLIN.

Según el derecho romano anterior a la publicación de la constitución Ampliorem, en la instancia de apelación el juez solamente podía tener en cuenta en su decisión los gravámenes denunciados por el apelante. El apelado, como tal, no podía nunca esperar una reforma en su favor, siendo menester para ello que interpusiera también apelación por su parte, asumiendo así la figura de apelante. En ese sistema el recurso tenía un alcance y una eficacia exclusivamente personal, de forma que la sentencia recurrida solo podía reformarse en favor del apelante, jamás en favor del apelado aun cuando del debate apréciase que le era gravosa, puesto que no había recurrido. Era el sistema puro de la personalidad del recurso de apelación.

Este sistema fue transformado sustancialmente por Justiniano en virtud de la constitución antes citado. Por ella se permitió reformar el fallo recurrido en contra del apelante, aun cuando el apelado hubiese dejado transcurrir el término para apelar por su parte, siempre que el juez encontrase la reforma de la sentencia ajustada "a las leyes y a la justicia". En el caso de que el apelado compareciere, podía solicitar la reforma del fallo en todo cuanto le fuese perjudicial, debiendo el magistrado entonces extender su examen y decisión a los puntos denunciados por el apelante y por el apelado. Cuando por el contrario el proceso se desarrollaba en contumacia del apelado, se le encomendaba al juez la defensa de sus intereses, ya que la contumacia no le obligaba necesariamente a pronunciarse en su contra. Los términos y el espíritu de esta constitución era muy amplios, permitiéndose al juez velar por los derechos del apelado, aun de oficio, y reformar la sentencia en su favor. La protección que se encomendaba al juez en la defensa del apelado, aun ausente, respondía al principio que había enunciado ya en el mismo año en su igualmente famosa constitución PROPERANDUM NOBIS (C. 3, 1, 13), en virtud de la cual le confió la misión de velar por los intereses del contumaz, cuando del examen de las actas y en fuerza de una correcta aplicación del derecho al caso, aparecía que la decisión debía serle favorable.



La mayoría de los autores que tratan y profundizan esta materia, están concordes en considerar la constitución *AMPLIOREM* como el origen remoto del instituto de la adhesión a la apelación.<sup>6</sup>

Todo los textos del *Corpus IURIS CIVILES* conducen a sostener que en el derecho justiniano la situación del apelante y del apelado eran iguales, fuera o no culposa la contumacia de este último. Los variados distingos con respecto al ámbito y alcance de la apelación que se han querido hacer por algunos intérpretes de las fuentes romanas, carecen de fundamento científico.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Importa observar que para algunos tratadistas la primera manifestación legislativa del instituto se encuentra en la ley 10 del *codex* (a. 529) correspondiente al título *QUANDO PROVOCARE NECESSE NON EST 7, 64*). *POR ELLA RESOLVIO* Justiniano que la parte vencedora en el fondo de la controversia, pero que no lo había sido en los gastos del juicio, frente a la apelación del vencido, no estaba obligado a apelar para obtener el pago de ellos sino que el magistrado de apelación no podía corregir el error en que hubiese incurrido el primer juez, por encontrarlo agraviada en ese punto, aun *SINE PROVOCATIONE*. Sin embargo, parece que esta enseñanza no está en lo cierto, ya que dicha constitución no estaba inspirada en el propósito de corregir el error, ya que dicha constitución no estaba inspirada en el propósito de corregir el error en consideración de la injusticia de la sentencia y en beneficio del apelado en el, como se dice en su comienzo, de "mantener intacta la reputación de los "jueces (*OMNEM HONOREM SALVUM INDICIBUS RESERVANTES...*)

<sup>7</sup> Wetzell, *SYSTEM DES ORDENTLICHEN ZIVILPROCESSES*, LEIPZIG, 1878, P. 747, texto y nota 58. Al estudias Merlin, *Recueil Alphabetique des Questiones de Droit*, 4ta ed. "Appel", Sv, 261 la constitución *AMPLIOREM*, distingue en ella dos casos a saber: a) aquel en el cual la parte intimada comparece, y b) aquel en el cual no comparece. En el primero, la constitución imperial "quiere que a la parte interesada se le admita a proponer sus quejas contra las disposiciones de la sentencia de primera instancia que le perjudica, como si hubiera apelado en el tiempo útil". En el segundo "el emperador encomienda al juez de apelación que se le coloque en la situación de la parte intimada y haga por ella todo lo que habría podido hacer si hubiese comparecido". Para el ilustre procurador de la Corte de Casación de Francia, el sentido de esta segunda disposición es inequívoca; Justiniano autoriza al juez para que reforme la sentencia si ello es procedente, en los puntos de primera instancia que son perjudiciales al apelado, aun cuando no atacados. En cuanto al primer caso, dice que su sentido es igualmente claro, y agrega: "...decir que la parte intimada al comparecer en alzada y proponer sus quejas como si ella misma hubiese apelado dentro del plazo ordinario, es hacer claramente entender que si no concluye en solicitud de la reforma de los puntos de la sentencia que le agravan, el juez superior no puede reformar de oficio". Esta interpretación la apoya en la autoridad de Brunnemann quien, siguiendo las lecciones de Baldo y de Surdus, enseña: *si praesens sit appellatus, iudex non supplebit*. La solución así dada por Justiniano, continua Merlin, parece bastante, parece bastante singular, ya que se otorgan mayores poderes al juez en favor del intimado contumaz que del que no lo es. "que el juez, agrega, pueda y deba suplir de oficio los medios de derecho que una parte, comparezca o no, ha sido presentada; que pueda, por tanto, apelar el mismo en interés del intimado que no comparece de la sentencia que le es deferida por la parte contraria, es lo que repugna a la sana razón". El motivo de la disposición justiniana en punto a que el juez debe velar por la situación procesal del apelado ausente, está a mi entender, en la radical transformación que realizo el Emperador en el procedimiento contumacial con la constitución *Properandum nobis*, de la cual encontramos antecedentes en D. 40, 12, 27 & 2 in fine y en C. 7, 43,q. La contumacia de una de las partes no acarrea necesariamente la *POENA CONFESI*, debiendo el juez atenerse a lo que aparecía del estado de las actas del proceso y declarar el derecho aun en favor del ausente. Esa constitución se inspiraba, como casi todo el derecho justiniano, en la concepción cristiana de la vida y de la



## LA APELACIÓN COMO UN REMEDIO COMÚN. EL BENEFICIUM ADHAESIONIS.

Sobre la constitución *Amplio rem* elaboraron la *Gloesa*, los canonistas y los doctores sabios del derecho común *utriusque parti*. Acerca del significado y alcance de ese recurso. Se discutió amplia y distintamente durante las postrimerías de la Edad Media y en los siglos posteriores, dividiéndose las opiniones en el terreno práctico y científico, a tal punto de llegarse a denominaciones, distingos, ampliaciones y restricciones, apoyados en sutilezas en puntos de mera forma que enmarañaron la doctrina haciéndola muchas veces inextricable. Esa divergencia y variedad de criterios se mantuvo y propagó indefinidamente. Siendo causa de confusión en la doctrina posterior y moderna.

Cuando ante una sentencia en parte favorable y en parte adversa, cada uno de los litigantes tomaba la iniciativa de recurrir a mayor juez e interponía *PRINCIPALITER* su recurso en tiempo hábil, la doctrina hablaba de apelación recíproca (*APPELLATIO RECIPROCA*), lo que obligaba al juez a tomar en consideración ambos recursos, tanto en, sí mismos como en sus relaciones y a resolverlos en la misma sentencia. A la apelación interpuesta en segundo lugar se la solía llamar impropriamente adhesión principal (*ADHAESIO PRINCIPALIS*), reservándose el nombre de adhesión accesoria (*ADHAESIO ACCESORIA*) Para aquella interpuesta vencido el termino fatal y que solo se hacía valer en consideración de la apelación adversaria.<sup>8</sup>

---

justicia que mandaba socorrer y velar por los débiles y desamparados. El *INDEFENSUS* por este solo hecho no se encontraba colocando en la condición de condenado, si *EUM* (parte actoris) *MELIOREM CAUSAM HABERE PERSPEXERIT* (&2). Sube de punto la verosimilitud de esta conjetura cuando se advierte que en el §4 de la misma constitución se dispone que el "examen de la causa debe verificarse sin obstáculo alguno, no obstante para ello la ausencia del actor o del reo, puesto que cuando se ha producido las solemnes escrituras la presencia de Dios suple la ausencia del litigante (*LITIGATORIS ABSENTIA DEI PRAESENTIA REPLETUR*). Para la influencia de la filosofía cristiana sobre la política legislativa del *corpus iuris*, BrunsLenel, *Enzyelopadie der RECTSWISSENSCHAFT*, 7 ed, I, p 375, Riccobono, en *Rivista di Diritto Civile*, 1911, pp 37 y ss; Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, p 384; Camus E. F. *Historia y fuentes del derecho romano*. La Habana, 1939, t, p. 192; Hohenlohe, *Einfluss des Christentums aut das Corpus juris civilis*, Wien, 1937, y, finalmente, la más reciente y monumental obra de Wenger, *Die Quellen des Rumischen Rechts*, Wien 1954, pp. 298 y ss.

<sup>8</sup> En los fragmentos del *CORPUS IURIS CIVILIS* relativos al recurso de apelación, no se encuentra empleada la voz "ADHAESIO" O "ADHAERERE". Solo en las fuentes canónicas encontramos usada originariamente la palabra "ADHAERENTES" para denotar la intervención de quien viene en apoyo del apelante (c. 4 in 6, 1 ,6), esto, es un sentido completamente contrario del que le diera la doctrina y la práctica posteriores, *strictu sensu*, en donde expresa el recurso subordinado del apelado respecto del promovido por el apelante. El derecho canónico usó la palabra "ADHAERERE" para denotar la participación del interviniente en el recurso del apelante contra el apelado, mientras que la doctrina y la práctica se sirven de la expresión en un sentido muy incorrecto, para señalar una relación en que figura el apelado contra el apelante, Cfr., von Linde, *Lehere von den Rechtsmitteln*, Giessen, 1840, ii



La apelación principal era el verdadero recurso con eficacia distinta y autónoma. La adhesión accesoria, por el contrario, era una apelación subordinada en su existencia y extensión a la apelación principal. La práctica llegó a considerar que el apelado por el solo hecho de no haber recurrido y manifestar así su conformidad con la sentencia, gozaba, sin embargo, en todo momento, del beneficio de adherir a la apelación contraria (BENEFICIUM ADHAESIONIS), originando la apelación, por tanto, un effectus comunicativus en fuerza del cual se hacía común a ambas partes la apelación interpuesta por una de ellas (COMMUNIO APPELLATIONIS).<sup>9</sup> Tanto el apelante principal como el adherente eran llamados apelantes comunes, siendo el primero apelante común activo, y el segundo apelante común pasivo.

Dentro de esta doctrina, la apelación se concebía como otorgada por utilidad y necesidad pública, no en exclusivo interés privado del apelante; enseñándose que el beneficio común favorecía también a los litisconsortes y a los terceros.<sup>10</sup>

### LOS PODERES DEL JUEZ AD QUEM. EL EFECTO DEVOLUTIVO

Cuestión de gran momento y vivamente controvertida fue la de saber en qué extensión y profundidad podía el juez AD QUEM conocer de la causa, esto es, determinar cuáles eran sus poderes con respecto al juicio en estado de apelación. Trataron de resolverla los

---

(vol. V del Handbuch), & 196; Wetzell, op. cit., supra, nota 4, p. 746, nota 53. Fue en este último sentido que la recibieron y ampliaron los pragmáticos españoles, muy particularmente el Conde de Cañada en sus famosas Instituciones Prácticas, Madrid, 1845, parte II, cap. VI, al tratar del remedio de adherir a la apelación, en donde se explica el instituto haciendo siempre referencia a la "apelación contraria". En tal acepción y alcance se recibió también en el derecho vernáculo, pues fue en las fuentes del español antiguo donde nuestros jurisconsultos de comienzos del siglo pasado bebieron las doctrinas que inspiraron al ordenamiento jurídico de aquella época memorable. La impropiedad de la expresión la advierte también claramente Guasp, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1956, p. 1405, cuando dice: "suele llamarse a este tipo secundario o derivado de apelación, APELACION ADHESIVA, siendo, no obstante, el nombre equívoco porque puede dar a entender que la apelación por adhesión trata de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, siendo normalmente todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal, si bien no lo hace tomando la iniciativa de la segunda instancia, sino en virtud de la iniciativa asumida por el contrario".

<sup>9</sup> Al ilustrar Baldo la constitución AMPLIOREM, decía: Appellatur a tanto el discutir de todo: quia appellatio est communis etiam alteri parti, quae non appellavit. Su enseñanza sirvió de fundamento a todo el desarrollo ulterior que se dio a la doctrina de apelación como remedio común. El estado de esa doctrina y de la práctica europea durante el periodo que va del 600 hasta la publicación de los códigos modernos, se halla Scaccia, Tractatus de Appellationibus, Roma, 1612; Strykii, Disertationum Juridicarum, Florentiae, 1938, vol. V, Disputatio Vigesima, De communione appellationis, p. 1134

<sup>10</sup> Una constitución del emperador Alejandro (C. 7, 68, 2) había establecido expresamente que la adhesión interpuesta por uno de los litisconsortes aprovechaba a los que no habían utilizado el recurso, entendiéndose por la doctrina posterior que tal cosa sucedía solo "quando causa est communi et una eademque ómnium desensio"; Scaccia, op. cit. Supra, nota 6. Quaest 5, n. 58



canonistas con la teoría del efecto devolutivo del recurso, cuya separación del suspensivo determinaron e ilustraron con gran erudición. Los doctores se preguntaban particularmente si el juez ad quem podía reformar la sentencia en perjuicio del apelante cuando no había mediado solicitud alguna en tal sentido por parte del apelado (problemas de la *reformatio in peius*)

Se admitía como principio general que la apelación devolvía al superior toda la causa y refería a los términos de la *Litiscontestación*<sup>11</sup>, debiendo observarse en la alzada las mismas reglas que regían para la primera instancia, de donde la máxima de importante alcance práctico y científico según la cual *Beneficium nondum deducto deducendi, et nondum probata probando*, cuyo alcance y limitaciones pueden verse detenidamente tratados en *Scaccia*<sup>12</sup>. De ahí la facultad de alegar nuevos hechos y producir nuevos medios de prueba.

La doctrina de la *communio appellationis* se inspiraban en el propósito de borrar entre los litigantes toda desigualdad, que es madre de la discordia lo que era permitido o prohibido al actor, debía serle igualmente permitido o prohibido al reo: *correlata sunt actor et reus, et a pari procedunt*.

---

<sup>11</sup> El principio fue enunciado por Fabro, *Cod. Lib. IV, tit. XII, Def. 1, n. 2*, en los siguientes términos: *Appellatio extinguit indicatum et revocat omnia ad términos Litis contestatae*. Algunos doctores precisaban más en el concepto al decir que la apelación reducía la causa "*ad illum pristinum statum in quo etat causa principales post litem contestatam*", doctrina ésta inconcusa y aceptada por los sistemas modernos que, como el nuestro, consideran el acto de la *Litis contestación* como el momento capital en la determinación y fijación del litigio. De ella ha hecho aplicación nuestra Corte Federal y de Casación, en sentencia de 14 de marzo de 1950 (*Gaceta Forense*, Año I, núm. 4, p. 268), en donde el principio se afirma claramente en su forma clásica, al decir: "la apelación reintegra a las partes a la condición que tenías inmediatamente después de la contestación de la demanda". Los legistas y decretalistas corrigieron la doctrina de Fabro y de otros doctores, en el sentido de que la apelación no "extingue" el *iudicatum*, limitándose sólo a "suspenderlo".

<sup>12</sup> La máxima tiene su origen en una Constitución justinianea según la cual en las consultas, tanto la parte apelante como su contraria podían presentar nuevos alegatos para sostener sus acciones y excepciones mientras no se refiriesen a otros asuntos (*capitula*) y fuesen pertinentes.



## 2.2. DOCTRINA DE LOS MÁS IMPORTANTES JURISTAS

### 2.2.1 DOCTRINA DE SALGADO DE SOMOZA Y DE ANTONI GOMEZI.

La posibilidad de la *reformatio in peius* era, según algunos doctores, la consecuencia lógica y necesaria del principio de la comunidad de la apelación admitida en forma amplia, cuyo efecto devolutivo se comunicaba a la contraparte.<sup>13</sup>

Cuando la sentencia en un todo congruente con la demanda decidía un punto o capítulo único, de manera completamente desfavorable a uno de los litigantes, la apelación del perdidoso devolvía la jurisdicción plena al tribunal de alzada, aún en el supuesto de que la sentencia contuviera un solo capítulo o punto y la decisión no fuere del todo favorable a cada una de las partes; o cuando teniendo varios capítulos en virtud de un cúmulo objetivo de acciones, la sentencia acogía unos y desestimaba otros, se admitía que el apelante no estaba obligado a determinar la parte de la sentencia de la cual apelaba, ya que la unidad formal de la discusión en primera instancia continuaba en la instancia superior. Sin embargo, se llegó a admitir generalmente en la práctica que, en este caso, solamente en los puntos impugnados era que se producía la comunidad de la apelación, siendo solo sobre ellos que el juez podía, aun de oficio, reformar *in peius* la sentencia recurrida. Llego hasta admitirse que la comunidad de la apelación originaba en el apelado un derecho adquirido del cual no podía ser privado por la renuncia del apelan al recurso. Si la sentencia contenía varios capítulos separados y se apelaba de ella sin restricción alguna (*simpleciter*, *generaliter* et *indistincte*) el beneficio común de la apelación se producía sobre toda la causa; pero no cuando se apelaba de alguno de ellos que se determinaban específicamente, por lo cual los prácticos aconsejaban la cautela de interponer el recurso de esta última forma. Los capítulos de la sentencia que no eran apelados pasaban en autoridad de cosa juzgada, lo cual justificaba Salgado de Somoza en los siguientes términos: *Et ratio huius est, quoneam*

*sententia, quae continent diversa capitula et separata, tot sunt sententia quot sint capitula separata.*<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> La locución "*reformare in peius*" no se halla en las fuentes romanas con el sentido expresivo y técnico que tiene en la doctrina moderna, encontrándose utilizada por Ulpiano en el fragmento D. 49, 1, 1, en un sentido diferente: *Licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformat...* lo propio sucede con la expresión "*reformare in melius*", que encontramos en una constitución de los emperadores Dioclesiano y Maximiniano, C. 3, 38, 3: *Quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.*



## 2.2.2 DOCTRINA DE HERVIA BOLAÑOS

Esta doctrina del derecho civil común acerca del efecto devolutivo y de la comunidad de la apelación, tal como aparece expuesta en la obra de los prácticos y comentadores más eminentes del periodo intermedio, fue generalmente recibida y aceptada por los españoles y lusitanos que la ilustraron con gran brillo y acopio de argumentos. Ella se encuentra admirablemente resumida en la obra de Hevia Bolaños.<sup>15</sup>

## 2.2.3 CRITICA DOMINANTE LA OPINIÓN DE CALAMANDREI

<sup>14</sup> En un todo coherente con esa doctrina enseñaba que sobre los capítulos separados de la sentencia que no habían sido objeto de apelación, la jurisdicción del juez a quo no se devolvía ni suspendía, pudiendo llegar hasta la ejecución de los mismos (n. 10). En igual sentido ley 14, tit. 23, part. 3. Tal era la doctrina generalmente recibida en el derecho común, como puede verse en Scaccia, op. cit., supra, nota 6; Antoni Gomezi, op. cit., quien dice: Por tanto, cuando la sentencia contenía varios puntos, no obstante la unidad de la relación litigiosa, solamente en los impugnados o conexos a los mismos podía hacerse una REFORMATIO IN PEIUS, como aparecía ya de la Glosa Judicatis a ña 1. 39. La relación de conexidad, según Strykii, se estimaba non ex rebus, sed ex causa petendi.

<sup>15</sup> Curia Filipica, Madrid 1825, tomo i, quinta parte, &1, nn21 y 22: "en las causas civiles, cuando la sentencia contiene diversos capítulos y cosas separadas unas de otras, se puede apelar de las unas y dexar las otras: y en las apeladas ha lugar apelación, y en las no apeladas, la sentencia queda pasada en cosa juzgada y firme, y se puede como tal executar. Por ser la apelación de una apelación de una parte común entre ambas, cuando la una de ellas apela, y la otra no, la apelación hecha por la parte que apeló aprovecha a la que no apeló sólo en lo apelado, y no es más ni en lo que consintió, de que se sigue, que en lo apelado, no puede el que apeló apartarse de la apelación en perjuicio y contra la voluntad del que no apeló, el apartarse de la apelación en perjuicio y contra la voluntad del que no apeló, el cual en ello puede pedir reformatión de la sentencia en favor, y se ha de hacer siendo justicia, más no en lo demás de que no apeló ni en lo que consintió porque la Causa de la apelación no se devuelve al Superior sino en lo apelado ante él, ni puede pronunciarse sobre más; así cuando uno apeló de la sentencia que es dada en su pro, y su contra suya, siempre en la apelación diga, que consiente en la sentencia en lo que es en su favor, y en lo que dexa de serlo y es su daño o perjuicio, apela, para que en lo consentido y no apelado, no se pueda por el contrario, no apelando, pedir ni hacer reformatión de la sentencia en favor. Y el poderse hacer en lo apelado, se entiende cuando la apelación se interpuso por derecho extraordinario, y en especial, y privilegio de privilegiado de restitución por via de ello, porque entonces no ha lugar de pedir, ni hacer con el que no apelo la reformatión de la sentencia en su favor, por apelación interpuesta por su contrario, que apeló, respecto de que no se ha de convertir en daño de la privilegiada el privilegio introducido en su favor, como, diciendo ser común, opinión, lo traen Antoni Gomezi y Acevedo". Según esa doctrina, que era la que venía recibida en la legislación de Partidas (ley 5, tit. 23, part. 3), el efecto devolutivo y la comunidad de apelación sólo se refería a los puntos y capítulos de la sentencia que eran objeto del recurso principal, no pudiendo en manera alguna extenderse sus efectos y beneficios a aquellos puntos que no habían sido recurridos por la parte apelada. Dentro de esos límites, el efecto devolutivo y la comunidad de la apelación se realizaban plenamente, más no en los demás, por lo cual la parte contraria que no apelaba de ellos no podía solicitar ni obtener en la alzada una REFORMATIO IN MELIUS. Para conseguir este resultado, la parte debía apelar principaliter, a objeto de conseguir una devolución de la causa en los puntos diferentes de aquellos impugnados por el recurso del adversario. En cuanto a éstos, el beneficio común le favorecía sin necesidad de apelación propia y autónoma, pudiendo obtener con base en el efecto devolutivo pleno de la apelación contraria no tenía en realidad objeto ni finalidad.

Para la doctrina lusitana de las Ordenanzas Filipinas en igual sentido, Pereira e Sousa.



Estimo que la doctrina sobre el efecto devolutivo, limitado a los puntos materia de la apelación y que considera a los no impugnados como habiendo pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede aceptarse en aquellos sistemas procesales que, como el nuestro, admiten el instituto de la adhesión a la apelación sobre puntos diferentes de los que son materia del recurso y aun opuestos a los mismos, ya que de aplicarse con rigor lógico sus principios, el juez de alzada se hallaría desprovisto de jurisdicción para conocer de ellos y decidirlos. En este sistema no puede decirse que la causa se devuelve a la instancia superior solo en la medida de la apelación, quedando fuera del alcance del efecto devolutivo aquellos gravámenes y puntos distintos y opuestos a los de la apelación que no forman su objeto. Para que en fuerza del derecho que tiene la parte contraria de adherir a la apelación principal pueda el juez de alzada conocer y decidir gravámenes y puntos no comprendidos originalmente en este recurso, es necesario admitir que la causa se devuelve íntegramente al tribunal AD QUEM por efecto de la apelación principal.

También el efecto suspensivo se produce íntegramente sobre todos los puntos de vista de la causa sin que pueda pasar los no apelados en autoridad de cosa juzgada, ya que de admitirse lo contrario como sostiene la doctrina dominante, no podrían sometérselos de nuevo al conocimiento y decisión del juez de alzada por el ejercicio del derecho de adherir, por obstar la cosa juzgada.

Si de conformidad con la norma que regula positivamente la adhesión, el apelado tiene el derecho y al propio tiempo la carga de someter a la decisión del tribunal puntos diferentes de los de la apelación y aun opuestos a éstos, es evidente y necesario admitir para lograr la coherencia y unidad del sistema, que esos puntos no han podido pasar en autoridad de cosa juzgada, y que para conocer de ellos tiene plena jurisdicción el de cosa juzgada, y que para conocer de ellos tiene plena jurisdicción el tribunal en virtud de un efecto devolutivo total. La extensión del efecto suspensivo determina también el del devolutivo, condicionándose ambos recíprocamente. En la apelación de sentencias definitivas, el poder del juez inferior se suspende en todo cuando se devuelve al juez superior dicho poder, salvo casos especiales. Por tanto, en nuestro sistema no encuentra aplicación absoluta el principio que expresa el adagio TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM, aplicando irrestrictivamente por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, siguiendo servilmente la teoría francesa. Apélese o no genéricamente, la devolución es plena, total, para todos los puntos que fueron materia de la causa y decididos por la sentencia, pero el ejercicio de la jurisdicción por el superior se



halla en principio limitado en extensión y profundidad por los gravámenes denunciados por el apelante principal. Si el apelado adhiere a la apelación y denuncia la parte o las partes de la sentencia que le producen gravamen –los cuales pueden ser distintos y aun opuestos a aquellos denunciados por el apelante-, entonces el juez de alzada ejercerá la jurisdicción en la medida de los gravámenes denunciados por apelante y apelado, en fuerza del efecto devolutivo total de la causa, que ya tenía, y que el acto de adhesión solo ha venido a actualizar y precisar.

Por su parte, como se ha dicho, también el efecto suspensivo tiene necesariamente que referirse a toda la causa, pues, si así no fuese, sería lógica y jurídicamente inconcebible que el punto ejecutoriado pudiera ser sometido a un nuevo examen y decisión por el juez AD QUEM en virtud del derecho de adherir a la apelación. Desde luego, que nada obsta para que el apelado renuncie expresa o tácitamente al derecho de adherir, en cuyo caso los puntos de la sentencia apelada que han sido objeto de la renuncia, pasan en autoridad de cosa juzgada y quedan fuera del alcance del efecto suspensivo y del devolutivo. En nuestro sistema procesal, que admite y regula la adhesión a la apelación en la forma más amplia, tanto el efecto suspensivo como el devolutivo son plenos y totales, y no podrá saberse cuál será concretamente la extensión de éste y el alcance positivo de aquél, sino después que haya transcurrido inútilmente el momento oportuno para adherir a la apelación y queden fijadas en las actas procesales las materias definitivas del debate en la alzada. El principio de preclusión sirve también de límite al ejercicio del recurso adhesivo.<sup>16</sup>

Se ha observado agudamente en Italia por Calamandrei que:

“El efecto devolutivo, precisamente porque es efecto, no se produce sino en cuanto se vea en la interposición de la apelación, la causa que lo origina. Dada esta relación de causa a

---

<sup>16</sup> Refiriéndome Feo, op, cit., supra, nota 23, p. 314, a la doctrina y práctica del foro español antiguo y moderno, relativas a la adhesión a la apelación, nos ha dejado esta enseñanza: “Según tales doctrinas no podía ni puede darse por ejecutoriada la sentencia en el todo contra el no apelante a quien la sentencia haya agraviado en algo, sino después de la oportunidad de adherirse a la apelación del contrario, si no lo hace entonces”. Exacto. Es la consecuencia necesaria de la doctrina expuesta y sostenida por el Conde de la Cañada, que fue la generalmente recibida y aplicada en el foro español. Esto se debe a que el efecto suspensivo de la apelación se extiende a toda la sentencia, aun cuando haya sido impugnada solamente en parte, pues la extensión del recurso a los puntos no impugnados por el apelante o por la parte contraria que adhiere a la apelación, sólo es posible en tanto en cuanto la cosa juzgada respecto de ellos no se haya formado. Cfr, Rosenberg, op, cit., supra, nota 22, & 132, 1, 2. Objeto del gravamen que pueda servir de causa a la adhesión –y desde luego a la apelación– puede ser la de haber dejado sin decidir el juez A QUO, acciones, excepciones y defensas oportunamente opuestas, que darían lugar a una reposición.



efecto que existe entre la interposición de la apelación y la devolución de la controversia al juez AD QUEM, la devolución total podrá ser efecto solamente de una apelación total; pero si se admite la posibilidad de una apelación parcial, se deberá admitir necesariamente la posibilidad de una devolución parcial: TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. Pensar de otra manera, admitiendo que una devolución total pueda ser la consecuencia de una apelación parcial, equivaldría a admitir para aquella parte de la controversia que no haya sido objeto de una apelación parcial, una devolución sin apelación, esto no es un efecto sin causa."<sup>17</sup>

Estimo, sin embargo, y data venía a la enseñanza del eximio maestro, que son de escaso valor en la interpretación de las instituciones jurídicas los argumentos sacados de los principios lógicos que rigen el mundo de la naturaleza para resolver problemas que giran en el de lo normativo. Lo que en el primero sería una contradicción lógica, en el segundo puede ser la consecuencia necesaria de una relación lógico-normativa. Nada es más contrario a la ley de causalidad natural que la ficción jurídica y, sin embargo, es bien sabido el papel importantísimo que ella tiene en el mundo teleológico del derecho.<sup>18</sup>

En el sistema procesal civil venezolano no existe ninguna norma expresa que limite o restrinja el alcance y extensión del efecto devolutivo al punto o puntos que ha sido objeto de la apelación o que pudiera derivarse de todo el sistema como una consecuencia inexorable.

<sup>17</sup> "APUNTI SULLA, "REFORMATIO IN PEIUS", en Studi sul proceso civile, III, p. 44 y s. Carnelutti, "Sulla "reformario un peius", en Studi di Diritto Proc., Padova, 1928, vol. II, p. 159.

<sup>18</sup> Ya está suficientemente esclarecida por la filosofía jurídica y la teoría general del derecho, la diferencia fundamental que existe entre ley natural y normal; entre la relación causal que rige los fenómenos de la naturaleza, y la relación imputativa que gobierna el ámbito normativo. En ambos mundos esas relaciones tienen un carácter lógico necesario. En el primero la relación es de causa a efecto; en el segundo, de supuesto a consecuencia. La relación causal explica el mundo de ser; la relación imputativa nos hace comprender el mundo del deber. La ontología regional a que pertenece la norma jurídica permite que el hombre predetermine libremente el ámbito de las consecuencias que imputa a determinado supuesto, de la manera más amplia y en función teleológica. Conforme a esto, no es lógicamente necesario, con el rigor inexorable que impone la relación natural de causa a efecto, que a una apelación parcial corresponda una devolución igualmente parcial. Al supuesto de una apelación parcial el legislador puede imputar una consecuencia devolutiva total de la causa, porque esa relación pertenece al ámbito normativo. Enjuiciar la consecuencia devolutiva de la apelación con el criterio lógico se deriva de la relación de causalidad natural, es emplear un método ilegítimo de comprensión, que conduce a resultado anticientíficos. Para la lógica jurídica la máxima TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM no es la expresión necesaria de una relación natural, sino normativa, pudiendo concebirse y establecerse una consecuencia que tenga mayor o menor contenido normativo que el que pueda dársele apreciándosela con criterio causal. Para toda esta problemática, Kelsen, HAUPTPROBLEME DER STAATSRICHTSLEHRE, Tubigem, 1923, Libro I, cap. 1 y III; Cossio, La teoría egológica del derecho, Buenos Aires, p. 28 y s; Garcia Maynez, Introduccion al estudio del derecho, México, 1951, cap. I, Introducción a la Lógica Jurídica, p. 130 y s.; Aftalión, Garcia Olano y Vilanova, INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Buenos Aires, tomo I, p. 113 y s.



Muy por el contrario, existe el instituto de la adhesión a la apelación que permite al juez de alzada examinar y decidir puntos distintos y opuestos de los que fueron materia del recurso principal, situación ésta que sólo puede explicarse racionalmente admitiendo como principio jurídico que gobierna la teoría de la apelación, que el efecto devolutivo del recurso principal se proyecta sobre toda la causa.

En nuestro derecho la adhesión a la apelación no restituye al apelado en su derecho originario de apelar, ya precluso por el vencimiento del lapso perentorio para hacerlo habiendo perdido, por lo tanto, el efecto devolutivo autónomo que habría logrado si hubiese apelado también principalmente. El que adhiere aprovecha en su favor el efecto devolutivo total que se produjo en fuerza del efecto pleno del recurso principal.<sup>19</sup> Por lo demás, como se verá luego, la admisión del principio de que una apelación parcial produce una devolución total de la causa, no conduce necesariamente a desconocer la prohibición en nuestro sistema positivo de la REFORMATIO IN PEIUS.

#### **2.2.4 ENSEÑANZA DE SCACCIA. NATURALEZA DEL DERECHO DE ADHERIR Y SUS PRESUPUESTOS. SU DEMOSTRACIÓN POR LA EXISTENCIA DEL INSTITUTO DE LA ADHESIÓN.**

Así como para promover una acción en juicio es preciso tener interés legítimo y actual en solicitar la tutela jurídica de los órganos jurisdiccionales, así también para apelar y para adherir a la apelación contraria es menester tener interés en ocurrir al Tribunal de alzada, por estimarse que la sentencia de primera instancia no ha satisfecho plenamente las respectivas pretensiones de las partes. En realidad, el interés que las mueve a apelar y a adherir, no es sino el mismo interés originario de la acción y de la defensa, que la sentencia recurrida dejó total o parcialmente insatisfecho. El poder de apelar es, como el de acción y el de defensa, un poder abstracto de naturaleza procesal, pues no garantiza necesariamente el pronunciamiento de una sentencia de contenido favorable al recurrente. Apreciado en sí mismo y en su finalidad inmediata, ese poder está dirigido a obtener que se abra un nuevo grado de jurisdicción que habrá normalmente de terminar con el pronunciamiento de otro

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido, sustancialmente, la doctrina alemana cuyo ordenamiento procesal civil admite la adhesión a la apelación (ANSCHLUSSBERUFUNG, & & 521 y 522). Cfr. Wetzell, op. Cit., supra, nota 4, 752; Planck, LEHRUCH DES DEUTSCHEN ZIVILPROZESSRECHTS, Munchen, 1896, II, 581; Fitting, Der Reichs.zivilprozess, Berlin, 1907, 420; wach Vortraege uber dic reichs-zivilprocessordnung, 2 ed., Bonn, 1896, 267.



fallo, pero cuyo posible contenido favorable al recurrente, nada tiene que hacer con el derecho de apelación.<sup>20</sup>

Pero ese interés meramente procesal a la apertura de una nueva discusión no basta por sí solo para legitimar la apelación. Es menester que el dispositivo de la sentencia recurrida no satisfaga plenamente las pretensiones que hicieron valer las partes en la primera instancia, de forma que si la sentencia queda firme, el litigante insatisfecho con la decisión sufriría un daño. La sentencia, por tanto, debe producir al litigante un gravamen, siendo el propósito de corregirlo el móvil egoísta que le lleva a recurrir. De ahí que el litigante que ve satisfechas por la sentencia todas sus pretensiones, no tenga el derecho de apelar, guía APPELLATIO DATUR PROPTER GRAVAMEN, SICQUE GRAVAMEN EST CAUSA APPELLATIONIS (Scaccia).

La adhesión se fundamenta en idéntico interés del que sirve de móvil a la apelación, y, como ella, persigue los mismos fines de reparar el agravio que causa el fallo al ADHERENTE.

Donde no hay gravamen, no hay apelación, y no surge tampoco el derecho de adherir. El litigante que por el dispositivo de la sentencia ve satisfechas todas sus pretensiones, le bastará sustentarla en la alzada promovida por la contraria y esperar su confirmación.

El derecho o poder de adherir a la apelación presupone la existencia de dos requisitos, a saber: a) la admisión de una apelación principal interpuesta por la parte contraria contra una misma sentencia, y b) un gravamen. Ese beneficio lo otorga la ley aun a la parte que no le quiere, y, queriéndolo, debe manifestar su voluntad de ejercerlo en forma y tiempo oportunos. Si la voluntad de gozar de él no se manifiesta en absoluto en el proceso, el juez no podría EX OFFICIO hacerlo valer y tomarlo en consideración en su sentencia, por obstar para ello el principio dispositivo y la necesidad del impulso de parte. De aquí se infiere que nuestro sistema de apelación está dominado por el principio que prohíbe la REFORMATIO UN PEIUS, por lo cual el juez de alzada no puede reformar la sentencia empeorando la situación del apelante, principal, sino cuando la contraparte haya interpuesto también apelación principal o adherida a la apelación contraria.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Walsmann, op. Cit., supra, nota 6, p. 55.

<sup>21</sup> La teoría que sobre la COMMUNIO APPELLATIONIS se elaboró por los doctores del derecho común, en virtud de la cual se reconocía al juez la potestad de reformar aun de oficio la sentencia apelada en perjuicio del apelante, con fundamento en los fragmentos del derecho justiniano, no fue acogida por nuestro derecho. Ninguna norma de nuestro derecho procesal civil hace referencia a la



Ese principio directo se deduce del hecho mismo de acoger nuestro derecho positivo el instituto de la adhesión a la apelación, pues, en aquellos que admiten la comunidad de la apelación en forma amplia e irrestricta del sistema justiniano el instituto de la adhesión carece de sentido y de utilidad práctica.<sup>22</sup>

### 2.2.5 DOCTRINA DE BORJAS.

Al comentar Borjas la teoría legal de la adhesión en nuestro derecho, parte, indubitablemente, del sistema de la comunidad de la apelación tal como fue elaborado por los doctores del derecho común y recogida en la obra de Hevia Bolaños, sin tomar para nada en cuenta la doctrina posterior defendida por el conde de la Cañada y los pragmáticos que le siguieron. Para Borjas la comunidad de la apelación se produce en los puntos o capítulos

---

comunidad de la apelación en esta forma clásica. Solamente acogió expresamente el momento significativo de conferir al apelado la facultad de expresar ante el juez AD QUEM el daño que le causa la sentencia, denunciarlo y pedir sea restablecida la justicia y mejorada en la alzada su situación, concediéndole a tal efecto un importante beneficio, el de adherir a la apelación contraria (BENEFICIUM ADHAESIONIS), cuyo favor debe solicitar y hacer valer el apelado. De este beneficio solamente habla la ley, por lo cual es inadmisibles en el sistema venezolano sacar argumentos favorables para la reforma de una sentencia de oficio, con apoyo en la teoría de la comunidad de la apelación. Solo el beneficio de adherir ha sido reconocido y legislado, cuyo ejercicio supone un acto de petición del beneficiario. En la amplitud del beneficio nuestro legislador acogió la doctrina del conde de la Cañada, y, en su ejercicio, aquella corriente doctrinal de algunos juristas que le dio fisonomía peculiar, distinguiéndole de la COMMUNIO APPELLATIONIS, para encomendarlo solamente a la voluntad del apelado, pero accesorio y subordinado al recurso del apelante. Para esta corriente, von LINDE, op. Cit., supra, nota 5 & 198. Solo en este último sentido es que puede decirse que la apelación es común a las dos partes, produciendo una devolución total de la causa del juez superior, tal como quedo planteada la controversia en primera instancia y de cuyo efecto puede también beneficiarse, el apelado mediante un acto de adhesión. Cf., Chiovenda, Principii, 3 ed., p. 989.

<sup>22</sup> Conforme a una corriente de opinión muy autorizada, el sistema procesal brasileño se mantiene apegado a la tradición romana secular, habiendo conservado el concepto de la comunidad de la apelación en su pleno significado. Esa corriente se apoya en el interpretación que se le da al artículo 824 del código del proceso civil, según el cual "la apelación devolverá a la instancia superior el conocimiento integral de las cuestiones suscitadas y discutidas en la acción, salvo la hipótesis prevista en el artículo 811". Con fundamento en ese dispositivo, se afirma que el sistema brasileño vigente consagro en forma positiva la enseñanza de los grandes legistas lusos y regnicolas, tales como Leitao, Pereira e Sousa, Ramalho, Ribas y Paula Batista. "En tal sistema, donde el efecto de la apelación es "pleno", no existe razón científica ni práctica alguna para incorporar una institución exótica, como es la de la apelación incidental del derecho francés evolucionado, ya que su aplicación "significaría desequilibrar en forma grave el mecanismo y la economía del proceso en la segunda instancia"., Cfr., Enrico Tulio Liebman, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1994, vol. 97, p. 652; Chiovenda. Instituciones de derecho processuale civil, nota 18 de la traducción brasileña de guimares Menegale, San Paulo, 1945, vol. III, p. 357; Pontes de Miranda, op. Cit., supra, nota 12 pp. 96 y 119. Otra corriente igualmente autorizada y que parece ser la seguida por recientes manifestaciones jurisprudenciales, sostiene la teoría de que el sistema brasileño acoge la prohibición de la REFORMATIO IN PEIUS. Cfr., en tal sentido, Lopes da Costa, DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. Rio de Janeiro, 1948, vol. III, num 176. Véase. Para el estado general de estas cuestiones, Seabra Fagundes, DOS RECURSOS ORDINARIOS EM MATÉRIA CIVIL, Rio de Janeiro, 1946, núms. 185 y s.



que fueron objeto del recurso, siendo innecesario al apelado el beneficio de adherir para obtener una reforma, aún de oficio, sobre ellos. La adhesión solo tendrá sentido y finalidad práctica, cuando los puntos del agravio "Sean diferentes de los que fueron objeto de la apelación".<sup>23</sup>

Data venía a la enseñanza de mi ilustre maestro, soy de opinión que el texto del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil no permite hacer el distingo que se formula entre puntos que son objeto de la apelación y aquellos que no lo son. Cuando en la normal allí contenida se dice que el adherente no podrá continuar el recurso si el apelante desistiere de él, aunque su adhesión tenga por objeto un punto diferente del de la apelación o aun opuesto a éste, es evidente que la adhesión puede también tener por objeto los mismos puntos que han sido materia del recurso. Sobre éstos, cuando la decisión ha sido en parte desfavorable al apelado. Él puede ejercer el derecho de adherir, debiendo hacerlo para poder aspirar a una reforma en su favor. El propósito del legislador fue el de regular y resolver expresamente la suerte que correría la adhesión por la deserción del recurrente principal, cuando ella tuviese por objeto puntos diferentes u opuestos a los de la apelación, determinando que la adhesión no podría continuar, por considerar que esta cuestión sería la única que requería lógicamente un pronunciamiento expreso, ya que era intuitivo y conforme a la doctrina tradicional que cuando la adhesión se refería al mismo punto o puntos que están objeto de la apelación, la deserción de ésta arrastraba consigo a la adhesión. No puede, pues, admitirse en este sistema, tal como resulta de la interacción positiva de sus normas, la comunidad de la apelación en la forma plena que fue elaborada por el derecho justiniano, o en la forma

---

<sup>23</sup> Ampliando la enseñanza, Borjas dice: "La adhesión por consiguiente, que permite el artículo 188 en que nos estamos ocupando, sin explicar en qué consiste, que utilidad práctica tenga para el que la proponga, ni disponer siquiera cómo, cuándo, ni ante qué autoridad judicial deba hacerse, es una institución que no llena fin alguno cuando el adherente pretende impugnar los mismos puntos de la sentencia sobre los cuales versa el recurso interpuesto y que, como se ha visto, solo tiene razón de ser en cuanto permite a las partes que no apelaron en tiempo oportuno, poder manifestar su pretensión de hacerse reclamante contra el fallo no para sostener los mismos puntos y hacer los mismos pedimentos que el apelante, sino para impugnarlo sobre puntos diferentes de los atacados por éste." El empleo en el artículo 188 del Cod. De Proc. Civ. De la oración subordinada concesiva "...aunque su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente de la apelación, o aun opuesto a este", denota que el adherente tampoco en esos supuestos podría continuar el recurso, si el apelante desiste de él, que es la consecuencia normativa que se afirma del acto de desistimiento en la oración subordinante. En la realización de esa consecuencia jurídica, es inoperante la circunstancia de que la adhesión haya versado sobre puntos diferentes u opuestos de los de la apelación, de donde se infiere necesariamente que la adhesión puede tener también por objeto los mismos puntos sobre los cuales versa el recurso principal. Si así no fuese, la posible objeción que la oración subordinada concesiva despeja y resuelve, carecería de sentido normativo y de finalidad dogmática.



estringida a los capítulos apelados, tal como los acepto la gran mayoría de los doctores del derecho común.

## 2.3 ADOPCIÓN HISTÓRICA DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN EN LOS CUERPOS NORMATIVOS INTERNACIONALES

### 2.3.1 ORIGEN Y FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA REGLA TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM EN EL DERECHO FRANCÉS.

Frente a esta amplia concepción del efecto devolutivo de la apelación, que se extendía más allá de los puntos o capítulos denunciados por el apelante, se fue formando paulatinamente en el derecho intermedio, por obra principalmente de la práctica en los países de sistema procesal consuetudinario, una tendencia cada vez más acentuada a ver en el organismo y funcionamiento del proceso un instrumento destinado exclusivamente a satisfacer los intereses de los litigantes, abandonado a su solo impulso y en beneficio de los derechos sustantivos materiales invocados ante el tribunal y de los cuales la sentencia no era sino el momento culminante de su realización. Esta concepción, eminentemente privatista, debía desembocar necesariamente en el sometimiento del juicio a la voluntad e impulso de las partes, tal como aparecía fijado en las actas del proceso, y de cuyo contenido y progreso podían disponer libremente, fijando al propio tiempo el límite de los poderes del juez. Ese principio dispositivo así admitido y entendido debía repercutir necesariamente sobre la teoría del recurso de apelación, de cuya suerte, contenido y alcance podían igualmente disponer las partes en la medida que lo aconsejarán sus intereses y lo demandarán al tribunal. El derecho francés se fue apartando paulatinamente de la tradición secular, y subió a tal punto su distanciamiento, que llegó a formarse un estilo propio en materia de apelación que deseche, en fuerza de un desuso ya inveterado, el principio de constituir el recurso beneficio común<sup>24</sup>. Según ese estilo, EST OPUS UTRAMQUE PARTEM APPELLARE, ALIOQUIN APPELLATIO NIHIL PRODERIT EI QUI NON APPELLAVIT, NEC SENTENTIA QUOAD CUM REFORMABITUR (REBUFFE).

---

<sup>24</sup> Algunas costumbres forenses, como la de Borgoña, habían consolidado el principio según el cual APPELLANS SEMPER PREASUMITUR IN MALA FIDE, ET PRO SENTENTIA PREASUMITUR, lo cual insinuaba una idea manifestamente contraria al recurso de apelación y favorable al fallo, debiendo, por tanto, interpretarse restrictivamente el uso y alcance de la apelación y de su efecto devolutivo. Ya Scaccia, op. Cit., supra, nota 6. Lib 3, cap 2, quaest. 17, lmt. 21 núm. 18, hacia para su tiempo esta observación: "DE STYLO CURIATUM FRANCIAE SIT OPUS ULTRANQUE PARTEM APPELLARE, SIVE SUPER UNO ARTICULO, SEU CAPITULO SEPARATO AB ALIIS, SIVE SUPER UNO SOLUM, VEL CONIUNCTO APPELLATUM FUERIT PER UNUM EX IPSIS TANTUM, ALIAS NON REFORMABITUR, NISI IN PARTE, A QUE APPELLATUM FUT, SI REFORMARI DEBEAT.



Fue sobre esta práctica de las Cortes que se consolidó el principio esencial y cierto en el sistema procesal francés, según el cual el efecto devolutivo de la apelación no se produce sino en la medida de la apelación: TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. Conforme a este principio, reiteradamente afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, las facultades del juez de apelación quedaban estrechamente circunscritas a la materia que había sido objeto específico del gravamen denunciado por el apelante, a tal punto de que en caso de vencimientos recíprocos la apelación interpuesta por una sola de las partes no permite dictar una sentencia que empeore su situación procesal en beneficio de la otra parte, si ésta a su vez no había apelado. Por tanto, en tal sistema quedaba prohibida la REFORMATIO IN PEIUS. Sin embargo, su rigidez fue corregida por la facultad que se otorgó al apelado de pedir la modificación de la sentencia en los puntos que le eran gravosos, mediante la admisión del instituto de la apelación incidental (APPEL INCIDENT)

El principio de la prohibición de la REFORMATIO IN PEIUS no se encuentra expresamente consagrado en el Código de Procedimiento Civil francés, pero la admisión en el artículo 443 de la apelación incidental se estructura, precisamente, sobre su reconocimiento implícito, ya que, si así no fuesen, el instituto de la apelación incidental carecería de objeto y de sentido. Se ha observado recientemente en Francia que no debe exagerarse el valor y el alcance del principio sobre el cual reposa la máxima "TANTUM DEVOLUTUM...", y la jurisprudencia misma la interpreta con amplitud cuando reconoce al juez de alzada, aún sin apelación incidental, el poder de examinar los medios de defensa propuestos en primera instancia por el apelado, aun cuando hubiesen sido rechazados, así como cuando aplica con liberalidad el principio de la divisibilidad de la sentencia y de los recursos parciales en caso de apelación incidental interpuesta contra capítulos no criticados por el apelado. Esta situación ha permitido decir a un eminente procesalista "que la apelación interpuesta por una sola parte conserva en una cierta medida la facultad para otra de poner nuevamente en causa la sentencia toda entera, admitiendo la posibilidad de un efecto devolutivo total".<sup>25</sup> La apelación

---

<sup>25</sup> Viziz, ETUDES DE PROCEDURE, Bourdeaux, 1956, p. 562. Después de la Ley de 23 de mayo de 1942, la apelación incidental ha pasado a formar el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil francés. Dicha ley no resolvió textualmente los graves problemas que se habían advertido en el funcionamiento de la apelación incidental. Esta produce también los mismos efectos, suspensivo y devolutivo, que la principal, y se le aplica igualmente la regla TANTUM DEVOLUTUM... Sin embargo, se ha decidido que cuando una sentencia contiene varios capítulos diferentes y que una parte apela de ellos solamente, el apelado (ntimé) puede recurrir incidentalmente en cualquier estado de la causa, no solo de ese capítulo, sino también de aquellos otros respecto de los cuales no existe apelación principal, sin que pueda oponérsele que los plazos para apelar han expirado. Asi Cas. Civ., 11 de diciembre de 1918. D. P., 1919, I. 16. Pero en este caso, no se explica satisfactoriamente cómo la



incidental del derecho francés moderno, seguido por el italiano (appello incidentale, acogido en el artículo 487 del Código del 65, y en los artículos 333, 334 y 343 del vigente, como impugnación incidental), corresponde en su finalidad a la *adhaesio appellationis ab alio* interpósita del derecho común.<sup>26</sup>

### 2.3.2 LA ADHESIÓN AL APELACIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO.

El instituto de adhesión a la apelación se regulo por primera vez en el derecho venezolano en la Ley de 3 de mayo de 1838 sobre Procedimiento Judicial (Ley Única, Título XI, artículo 25).<sup>27</sup> En la ley Única de 28 de febrero de 1846 sobre los trámites del procedimiento en

---

apelación incidental interpuesta pasados los lapsos para apelar, pueda devolver el conocimiento de la causa toda entera, aun sobre capítulos que no formaron materia del recurso principal. De ahí lo atinado de la observación crítica de Vizioz.

<sup>26</sup> Es interesante advertir que el Código italiano del 65 reconoció, al lado de la apelación incidental de la contraparte, el instituto de la apelación adhesiva (arts. 470 y 488), para el caso de litisconsortes. Esta diferencia debe tenerse muy en cuenta cuando, para interpretar nuestro sistema, se recurra a la doctrina italiana, pues, si cuando, para interpretar nuestro sistema, se recurra a la doctrina italiana, pues, si no se la advierte, se cae en el error de explicar nuestra adhesión a la apelación con el instituto de la apelación adhesiva del derecho italiano, como lo hace Marcano Rodríguez, *Apuntaciones analíticas*, Caracas, 1942, III, núm. 383. Esta advertencia la encontramos ya hecha por Gallinal, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, 1930, tomo II, núm. 252. El código italiano derogado no conoció el recurso incidental como institución genérica, limitándolo a la apelación, lo cual había sido considerado por la doctrina como un grave defecto del sistema. Cfr., Carnelutti *LEZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE*, Padova, 1926, IV, núm. 304; v., Scialoja, *STUDIGIURIDICI*, IV, p. 258; D'Onofrio, *RIVISTA DI DIRITTI PROCESSALE CIVILE*, 1930, r, p. 326. El defecto de que se lamentaba la doctrina italiana fue corregido en el Código vigente, en el cual se admiten genéricamente las "impugnaciones incidentales tardías" (art. 334), desapareciendo al propio tiempo el disintgo anterior entre apelación incidental y apelación adhesiva, lo cual ha sido criticado por algunos autores. La impugnación incidental es accesoria de la principal, de forma que sigue su suerte, Cfr., V. Andrioli, *COMMENTARIO AL CODICE DI PROCEDURA CIVILE*, 2da ed., II, p. 298; Zanzucchi, *DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*, 4ª ed., t, p. 169; Satta, *DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*, 3ª ed., núm 247; Provinciali, *SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI CIVILE*, Padova, 1943, p 202 y s.

<sup>27</sup> En las actas del congreso nacional del año 38 (Cámara de Representantes, Archivo VI, folio 71 y s.) se encuentra un documento de capital importancia para los anales jurídicos de la república, relativo a la adhesión a la apelación, el cual revela admirablemente la honda preocupación del gobierno y de los magistrados judiciales por solucionar los graves e ingentes problemas que en materia de administración de justicia tenían ante sí los legisladores de aquella época memorable. Entre las consultas evacuadas por los Tribunales de la Republica en el año de 37, con miras a reformar las leyes de procedimiento que para entonces adelantaba el gobierno, se encuentra una de la Suprema Corte de Justicia de Caracas en la cual los magistrados Mercader, Lopez de Umeres y Martínez Duarte exponían que, en la causa seguida entre Basilio arnal y manuel briño sobre reclamos de mejoras de que el tribunal conoció por recurso de nulidad o de tercera instancia interpuesto por el primero, y al cual adhirió el segundo, le habían ocurrido al tribunal las siguientes dudas: "primera: si es admisible el recurso de adherirse la parte apelada al recurso interpuesto por la contraria, respecto a que ni las leyes comunes, ni las que nuevamente han dictado los congresos de la Republica hablan sobre ese punto, y sólo se ha adoptado en la práctica siguiendo la opinión de autores y jurisconsultos; Segunda: en qué términos debe proponerse la mencionada adhesión para que pueda tener efecto, pues también está admitido en la práctica el proponerse y admitirse aun después del tiempo señalado



segunda instancia, no se le menciona. La ley de 1850 sobre Disposiciones Comunes lo adoptó nuevamente, no encontrándose en el Código de la dictadura de Paéz (1963), reapareciendo en el Código de 1873, y adoptándolo luego todos los sucesivos hasta el vigente de 1916. En este código, conformándose a la tradición legislativa, se le dedica solo el artículo 188, concebido en los siguientes términos: "La parte que se adhiere a la apelación no podrá continuar el recurso si la que hubiere apelado desistiere de él, aunque su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente del de la apelación, o aun opuesto a éste".

Tal forma presupone el conocimiento del instituto, del cual regula solamente uno de sus aspectos importantes, dejando otro en tinieblas, y cuyo alcance dogmático integral aparece así referido a la doctrina tradicional como abonado a la práctica. La brevedad misma de sus términos, la vaguedad en la determinación de sus efectos, unidos a la estructura peculiar de nuestro procedimiento en segunda instancia y a las dificultades propias de la materia, han contribuido a ignorar la importancia, función y finalidad de la adhesión a la apelación, todo lo cual ha conducido a que aparezca como un fenómeno fugaz y extraño en la vida del foro. Esta situación explica que en la oportunidad de revisar la Comisión Codificadora Nacional el Código de Procedimiento Civil con miras a una futura reforma, la mayor parte de sus miembros se pronunciara por la eliminación del artículo 188, debido a que "además de dar

---

por la ley para la admisión de los recursos; Tercera: si el que se adhirió al recurso deberá sólo contraerse al punto apelado por la parte contraria, o si podrá extenderse a los demás que contenga la sentencia y en que sea perjudicado: Cuarta: si desistiéndose el recurrente tenga derecho al que se adhirió para oponerse y obligar al contrario a que continúe el recurso, o si por el hecho de haberse desistido, se entiende haber éste caducado. Sin embargo, de lo expuesto, esta Corte cree, que es inútil el remedio de la adhesión y que las partes precisamente deben interponer sus recursos en el término que prescribe la ley, respecto a que por el artículo doce de la ley única, título cuarto, solo deben contraerse al punto apelado, y que en este caso el que se adhiere a la apelación nada adelanta, porque no puede remediarse al agravio que haya sufrido en los demás de la sentencia, teniendo siempre el derecho a sustentarlo en el punto a que se apela, pero para que recaiga la declaración correspondiente, dirijase esta Consulta al Supremo Poder Legislativo en la forma acostumbrada". Planteaba así el alto tribunal a los legisladores, de manera precisa, el problema relativo a la admisión y vigencia de la adhesión a la apelación y señalaba las dudas más importantes que en épocas pasadas habían dividido la opinión de los doctores del proceso civil común. No obstante el parecer contrario de la corte, el congreso se pronunció en el sentido de acoger en la ley el instituto de la adhesión a la apelación; pero, al hacerlo, su obra quedó limitada, y trunca, ya que no resolvió todas las dudas apuntadas por los honorables magistrados. El texto del art. 25 de la Ley Única es el siguiente: "La parte que sólo se adhiere a la apelación no podrá continuar este recurso si la que ha apelado desiste de él, aun cuando su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente de aquel sobre el que versa la apelación".



margen a muchas controversias se consideró innecesario por razón de existir el derecho de apelación".<sup>28</sup>

Este breve argumento de la Comisión Codificadora desconoce el profundo sentido filosófico y de oportunidad procesal en que reposa el instituto de la adhesión a la apelación. Ella se apoyó únicamente para propugnar la eliminación del instituto, en las reacciones psicológicas y emocionales primarias del litigante perdidoso que le incitan a apelar PRINCIPALLITER de la sentencia, descuidando los momentos secundarios que pueden y deben también figurar como soportes valiosos de su conducta, estimulándose a obtemperar a la norma individualizada en el fallo. La política legislativa no puede desatenderse de esos momentos secundarios, sino que debe recogerlos e incorporarlos en forma técnica adecuada al sistema de los recursos. Todo estado de ánimo de los litigantes que sea favorable a la validez y eficacia inmediata de la sentencia, que promueva y excite la brevedad y fenecimiento de los pleitos, debe ser acogido por el legislador. Las dificultades prácticas del funcionamiento de la adhesión a la apelación entre nosotros son debidas, principalmente, a su deficiente regulación legislativa, lo que, apreciado en si mismo, no puede constituir razón ni causa suficiente para que se rechace esa modalidad significativa y valiosa en el sistema positivo.

**El sistema venezolano de apelación. Su estructura. Efectos suspensivo y devolutivo. Aplicación de la regla TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. Apelación plena. Apelación restringida.**

En nuestro derecho la apelación es un recurso ordinario amplio, dirigido a reparar a la vez la injusticia de la sentencia y los vicios de procedimiento que puedan acarrear la nulidad del proceso (errores IN IUDICANDO y errores in PROCEDENDO). Se recogió así la evolución histórica que culminó en la síntesis dogmática de concebir el recurso de apelación como un remedio que absorbe e incorpora en su seno la QUERELLA NILLITATIS, por lo cual es posible que la sentencia de segunda instancia no decida el fondo lo cual es posible que la sentencia de segunda instancia no decida el fondo mismo de la controversia, sino que se limite a declarar la nulidad del proceso, reponiendo la causa a un estado anterior que se determinará en la sentencia (artículo 163, Código de Procedimiento Civil). Son las llamadas

---

<sup>28</sup> BOLETIN DE LA COMISION CODIFICADORA, 1936, num 33, p. 76. Se acogía así, sin sospecharse, la opinión sustentada hacia un siglo por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Caracas, que propugnaba, en realidad, la adopción del sistema antejustiniano.



por la doctrina nacional "sentencias definitivas formales", contra las cuales se admite el recurso extraordinario de casación.

Mientras que en otros sistemas la apelación se concibe como la proposición de una nueva y formal acción, introductiva de otra instancia, en el nuestro es un verdadero y propio recurso ordinario del juicio, un desarrollo dialéctico de la relación procesal formada en la instancia inferior, durante el cual se examina la causa y se controla la sentencia en la medida de los agravios denunciados por las partes recurrentes. Mediante la apelación, la parte agraviada reitera en el segundo grado jurisdiccional el móvil inicial de su acción o de su defensa.

El derecho venezolano atribuye a la apelación dos efectos fundamentales, el suspensivo y el devolutivo; pero no determina cuales sean sus alcances, y, con respecto al devolutivo, no señala si es pleno o limitado y si la apelación constituye o no un beneficio común.

Buena parte de nuestra doctrina considera que el efecto devolutivo es real y que en los puntos objeto del recurso se produce la comunidad de la apelación, pudiendo el juez de alzada reformar de oficio la sentencia limitadamente a ellos, tanto en favor del apelante como del apelado. Se sostiene también –y puede considerarse que es doctrina dominante- que el efecto devolutivo no se produce sino en la medida de la apelación, conforme al principio TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM, por lo cual el juez de alzada no podría conocer ni decidir sobre puntos de la sentencia apelada que no le hayan sido devueltos por la apelación. Los puntos o capítulos no apelados quedarían ejecutoriados y firmes, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Feo, ESTUDIOS SOBRE EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO, CARACAS, 1904, 1, p. 66, enseña a este respecto la siguiente doctrina: "Si la decisión comprende varios puntos, y una parte apela de uno determinado, y la otra no apela en absoluto, es obvio que el juez superior no tiene jurisdicción y poder para conocer de otra cosa que del punto apelado limitativamente: la sentencia está consentida por ambas partes en todo lo demás, y ninguna de ellas puede pretender que se le revoque o modifique. Si en el mismo supuesto o en otro cualquiera, una parte apela en absoluto o en general, y la otra no apela, es también obvio que el juez superior tiene la misión de revisar en todo la sentencia, y que puede confirmarla, revocarla o modificarla: el apelante tiene derecho de atacarla en todas partes; y el no apelante el de defenderla en la misma extensión ¿pero puede decirse que la sentencia está consentida por el que no apeló, y tenerse como ejecutoriada para él? No creemos esto, porque si el superior revocase habría dos sentencias, una ejecutoriada para el no apelante, y otra contraria para el apelante, lo cual sería un absurdo. Las sentencias no pueden tenerse como ejecutoriadas sino, o por virtud de la ley, que no permite alzada, o por consentimiento de ambas partes. ¿pero no resultará así ser de mejor condición el que no apela que el apelante, si es que aquél tiene el derecho de pedir que se modifique la decisión favoreciéndolo en algo? Si se trata de confirmar o revocar, no hay dificultad posible: cada parte está en su derecho, la una combatiendo,



Consiguientemente está excluida de la segunda instancia toda nueva deducción relativa a acciones y excepciones de hecho que han debido hacerse valer oportunamente en la primera (prohibición del IUS NOVORUM).<sup>30</sup>

La alzada es un segundo grado jurisdiccional del mismo juicio que se dilata en el tiempo, pero sin ampliarse su primitiva esencia y contenido jurídicos, y en la cual la sentencia recurrida juega un papel fundamental, cuyo control en hecho y en derecho, corresponderá realizar al juez superior. Todo el material probatorio evacuado en primera instancia debe ser

---

la otra sosteniendo la sentencia; y el superior en su plena facultad de hacer lo uno o lo otro según su conciencia. Si se trata de reforma, es cuando se hace posible la objeción de que no pueda modificarse favoreciendo al (no) apelante. Mas, dado que a los jueces no les es permitido, cuando se interesa la ley y reconocen el caso de aplicarla, dejar de cumplirla, vienen por fuerza distinciones a las que hay necesidad de atender. Si la reforma cae sobre un punto de hecho establecido en el fallo apelado, que quedo consentido por el no apelante, el juez superior tiene que respetar esa situación no pudiendo reformar en favor del no apelante. Por ejemplo: sostuvo el demandante que debía el demandado el pagarle el capital y el interés a la rata del doce % anual por estar así estipulado; negó el demandado la estipulación, y fallo el juez de la primera instancia no estar a su juicio comprobado el convenio, y declaro deber solo pagar el demandado el interés legal del tres % al año. Apelo el demandado, no el demandante; y consentida así la decisión por éste el superior, aun creyendo que sí estaba probada la convención, pensamos que no puede ya acordar sino el interés legal. Otra cosa sucede si el punto de la reforma entraña el cumplimiento de una disposición legal, caso en el cual el superior no puede dejar de cumplir la ley aun cuando favorezca al no apelante. Ejemplo: el fallo de primera instancia reconoce expresamente que el actor tiene derecho a indemnización de perjuicios conforme al texto de una ley, pero no lo fija ni los manda fijar por expertos como debe hacerlo según otro texto legal. ¿puede el juez de la alzada, si encuentra que en realidad se debe dicha indemnización legal, dejar de fijarla o mandarla a fijar en obediencia de la ley, porque con ello favorece al no apelante? No; porque el cumplimiento de la ley impone siempre: porque si ese juez no puede suplir alegatos ni recursos de hechos no alegados y probados, si primer juez no autoriza al segundo para cometerlos a su vez". He considerado conveniente transcribir in extenso este pasaje de la obra del maestro, porque en él se expone la doctrina seguida en nuestro foro acerca de la posición de las partes y de los poderes del juez en la instancia de apelación. Su doctrina se afirma de manera dogmática, sin hacerse referencia alguna siquiera sea incidental, a la adhesión.

<sup>30</sup> Este es un principio absoluto del derecho venezolano. Toda excepción sustancial en sentido propio debe hacerse valer por el demandado en el acto de la contestación al fondo de la demanda. Así, por ejemplo, las prescripciones adquisitivas y liberatorias deben invocarse en tal oportunidad bajo pena de considerarse renunciadas. Apoyándose en la disposición final del art. 189 del Código de Procedimiento Civil, que permite apelar de la sentencia definitiva a todo aquel que teniendo interés inmediato en lo que ha sido objeto materia de juicio, resulte perjudicado por la decisión, el doctor José Eugenio Pérez ha sostenido la tesis de que los acreedores o las personas interesadas en hacer valer la prescripción, pueden oponerla en la alzada, aunque el deudor o propietario renuncien a ella (art. 1958, Código Civil) Cfr. El Profesional, San Felipe, tomo I, año 1, p. 153. Estimo que esta opinión es insostenible, pues equivaldría a alterar sustancialmente en la alzada los planteamientos hechos por los litigantes en el acto de la litiscontestación, cosa ésta que no pueden hacer las partes mismas y menos los terceros. La norma del artículo 2110 del código civil italiano derogado, según la cual la prescripción puede oponerse también en apelación, no fue acogida en nuestro sistema. Por lo demás, nuestro derecho desconoce el derecho de avocación, de modo que el juez de alzada no podría entrar a conocer y decidir el fondo de la causa, si la sentencia recurrida es de reposición, ni entrar a considerar las excepciones y defensas no decididas en la instancia inferior, debiendo reponerla (arts. 162, 163 y 230 Cód. Proc. Civ.).



utilizado por él, enjuiciándolo de nuevo a la luz de los preceptos legales aplicables. Los posibles fundamentos de hecho que han debido alegarse en primera instancia como base de la acción y de la defensa, y que no lo fueron, no pueden deducirse ya en alzada, y lo que debió probarse y no se hizo con la amplitud que permitiría la primera instancia, solo puede hacerse en la segunda de modo limitado, restringidos como están los medios de prueba a instrumentos públicos, posiciones y juramento, siempre dirigidos a demostrar los fundamentos de la acción y de la defensa, tales como quedaron fijados en la demanda y la contestación. Entre el sistema de la apelación plena en el cual la alzada es una instancia reiterada del juicio (sistema alemán), y el de la APELACION RESTRINGIDA (sistema austriaco), el venezolano ha seguido un camino intermedio, que tiene su antecedente histórico en la legislación española de la Novísima Recopilación (por ejemplo, la no admisión de la prueba testimonial, ley vi, título X, libro 11). En este sistema, según la expresiva locución de Couture, "la segunda instancia es sólo un modo de revisión y no una renovación plena del debate".<sup>31</sup>

### 2.3.3 FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA Y POLÍTICA DEL INSTITUTO DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN

El principio dispositivo y el de impulso de parte que dominan todo nuestro procedimiento civil, conducen necesariamente en su rigorismo a admitir la personalidad del recurso de apelación. El gravamen que el fallo pueda producir a los litigantes es esencial al instituto de la apelación, concepto éste que se halla expresado en nuestro derecho en forma negativa, al establecerse que no podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien se concediese todo cuanto hubiere pedido: NON GRAVATUS NON POTEST APPELLARE (artículo 189, Código de Procedimiento Civil). Consiguientemente, los poderes del juez de

---

<sup>31</sup> FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, Buenos Aires, 2da ed., núm. 164. En el Derecho romano-bizantino, la naturaleza plena del recurso de apelación surge principalmente de los siguientes textos: C. 7, 62, 6 & 1, 37; 7, 63, 4. Cfr., Wenger, Institutionen des Romischen Zivilprozessrechts, Munchen, 1925, p. 296 y s. En el sistema austriaco el procedimiento de apelación "no es de creación sino de controlador, o, aun cuando pudiera considerársele también como un procedimiento de control de primera instancia, el recurso no controla la realidad sino el proceso". Klein-Engel, DER ZIVILPROZESS OERTERREICHS, 1927, p. 403. Por tanto, el procedimiento de primera instancia y el de alzada son de naturaleza diferente. Para un detenido examen de la legislación y de la doctrina europea relativas a las ventajas e inconvenientes de los sistemas de la apelación plena (VOLLEN BERUFUNG) y de la apelación restringida (BESCHRAEKEN BERUFUNG), Cfr., Rosenberg en ZEITSCHRIFT FUR ZIVILPROZESS, Bd., 64, 1951, p. 6 y s.; Lorenz *Ibidem*, bd. 65, 1952. 169 y s., quienes se pronuncian, el primero, por la convivencia de mantener el "sistema alemán", y el segundo, en el sentido de reformarlo para acoger el "sistema austriaco".



alzada para conocer y definir la causa, y se hallan condicionados por las peticiones de los litigantes y limitados por el gravamen que les causa la decisión. Tal sistema, si se mantuviese en su rigidez absoluta, obligaría necesariamente a cada parte que se siente agraviada por el fallo, a interponer apelación principal dentro del término perentorio establecido para ello, dejando sin protección alguna al litigante perdidoso que no se alzó oportunamente. La fundamentación filosófica y política de la adhesión a la apelación contraria se halla, precisamente, en esa actitud pacífica del litigante perdidoso y en la igualdad que ella procura.

*La parte que no apela del fallo, dice un jurisconsulto chileno, y se conforma con él, no obstante que no le es del todo favorable, lo hace por creer, quizás, preferible terminar de una vez el litigio, pero se ha entendido que lo hace bajo la implícita condición de que su contendor no apele tampoco y se avenga también a cumplir la sentencia. Si así ocurre se evitarán las partes la nueva discusión de la segunda instancia con sus consiguientes gastos, zozobras y trabajos. Pero desde el momento que el contrario se alza contra el fallo de primera instancia y renueva la LITIS, resulta fallida la implícita condición a que nos hemos referido. Se ha abierto la nueva discusión por obra de uno de los contrincantes y es equitativo permitir al otro, aun cuando ya no esté en tiempo de formular apelación principal, que aproveche la nueva etapa del juicio, así como los desembolsos y molestias que demandará la segunda instancia, requiriendo por su parte la reforma de la sentencia apelada en cuanto a él lo agravie... uno y otro litigante tienen por lo tanto interés en no ir a la segunda instancia para mantener lo que ya han logrado en primera, y para deducir apelación tomarán muy en cuenta el peligro que corren de perder lo ya obtenido, temor que contribuirá a evitar apelaciones infundadas. La ley quiere restablecer en todos sus derechos a la parte que se ha sometido voluntariamente a la decisión por la cual fue en parte condenada, desde el instante en que el adversario la obliga a reanudar la lucha.<sup>32</sup>*

<sup>32</sup> Bianchi, REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION, 1934. Num. 5, p. 18 y s. esta es la fundamentación clásica. Así, STRYKIL. Op. Cit. Supra, nota 6, cap. III, num. 43, dice: OBSTARE QUIDEM VIDETUR QUOD PARS QUAE TACUIT EL NON APPELLAVIT, VIDEATUR SENTENTIAE ACQUIESCERE. VERUM RESPONDETUR: VIDERI QUIDEM HAC PARTEM ACQUIESCERE, NON TAMEN ALITER, QUAM QUANTENUS ALTERA ACQUIESCIT, DISSENTIRE VERO OMNIO QUATENUS ALTERA APPELLAT. Esta misma fundamentación fue luego expuesta con gran elocuencia por el Conde de la Cañada, LOC CIT., NUM 16 y sig. Seguida por la doctrina posterior. Pescatore, supra, nota 5, quien atribuye el mismo origen racional y político a la apelación incidental introducida por la jurisprudencia y confirmada luego por la ley, dice: "si se quita la garantía de la apelación incidental, surge en las partes la necesidad de precaverse y, desconfiando la una de la otra, se harán recíprocamente provocadoras instaurando un juicio de apelación, mientras que si se les



El principio de la economía de los juicios recomienda obtener en el proceso el mayor resultado práctico con el mínimo empleo de actividad jurisdiccional y, el político con el mínimo empleo de actividad jurisdiccional, y, el político, la más pronta terminación de los litigios, en beneficio de la paz social y de la causa pública. Los intereses que se discuten y realizan en el proceso, aconsejan aceptar un compromiso entre la justicia y la certeza de los derecho controvertidos. La posibilidad de la justicia y la certeza de los derecho controvertidos. La posibilidad de que el litigante perdidoso pueda mejorar en la sentencia, le impulsa a apelar de ella, la posibilidad de ver esa posición confirmada o aun desmejorada le mueve, en cambio, a obtemperar a su dispositivo. El juego de esos motivos determinantes contrapuestos funciona como causa psicológica de excitación y de freno en el sistema del recurso de apelación, favoreciendo los últimos el estado de ánimo del litigante que, en parte perdidoso, esté dispuesto a acatar el fallo, para el supuesto de que la parte contraria resuelva también obedecerlo. Todas estas razones han llevado a los legisladores modernos a admitir o a mantener el instituto de la adhesión a la apelación dentro del sistema de los recursos.<sup>33</sup>

---

asegura su defensa, elegirán el camino de abstenerse de un nuevo juicio." Esta fundamentación es la aceptada y seguida generalmente por los expositores modernos, habiéndola adoptado en Italia el egregio Mattiolo, TRATTATO DI DIRITTO GIUDIZIARIO CIVILE, 5ed., v num, 676 y s. Contra ella se ha alzado la voz de Mortara, COMMENTARIO DEL CODICE E DELLE LEGGI DI PROCEDURA CIVILE, 4ed., vol IV, num, 167, quien desarrolla una doctrina propia con base en su teoría de la ADQUIESCENCIA y en peculiaridades estructurales del procedimiento ITAZLIANO. ESA FUNDAMENTACION CLÁSICA ES TAMBIEN LA SEGUIDA POR LOS CANONISTAS. Cfr., Lega-Bortocetti, COMMENTARIUS IN IUDICIA ECLASIASTICA, Roma, 1950, II, p. 976, núm 4. La misma fundamentación se encuentra en la doctrina alemana al tratar de la apelación y de la revisión adhesiva. Cfr., Lent, ZIVILPROZESSRECHT, 1947, & 70. Para Francia Glassor, Tissier y Morel, TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE PROC. CIV., Paris, 1929, m, num. 912.

<sup>33</sup> Casi todos los países de Europa continental acogen y regulan la institución. Cfr., Rosenberg, Lerhbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 6ta ed., & 135, v. importa observar, sin embargo, que en el ordenamiento procesal austriaco, de la mas respetable alcurnia científica, la institución no existe, habiendo mostrado Klein aversión hacia ella "porque enreda el procedimiento de los recursos sin fundamento jurídico-político alguno", Cfr., Pollak, SYSTEM DES OESTERREICHISCHEN XZIVILPROZESSTECHTS, Wien, 1932, & 112, II. En Hispanoamérica la institución se halla expresamente consagrada en la mayoría de las legislaciones procesales: Argentina, Mexico, Ecuador, Uruguay, Chile, Perú, República Dominicana y Honduras. Se la admite en el proyecto Couture; en el proyecto Reimundi, para la provincia de Salta; en le proyecto para la provincia de Mendoza y en el Proyecto para la Capital Federal (Argentina). En la exposición de motivos de este ultimo proyecto se legitima su admisión diciendo que es "un instituto de innegables beneficios". El código de Derecho canónico la admite expresamente en el c, 1.887, & 2. Cfr., el interesante trabajo de Jorge G. Eiriz publicado en BOLETIN DEL INSTITUTO DE ENSEÑANZA PRACTICA, Facultad de derecho y Ciencias Sociales de Universidad de Buenos Aires, 1938, núm. 18 y 19, quien sostiene que la institución tiende a desaparecer, no habiendo encontrado en la jurisprudencia fallos recientes que demuestren su vigencia y utilidad. El derecho colombiano no la conoce y sigue el principio de absoluto de la prohibición de I REFORMATIO IN PEIUS. Cfr. Art. 494 Cod. Proc. Civ.



### **Naturaleza accesoria y subordinada del adhesivo.**

Nuestro sistema reconoce, por tanto, dos modalidades del recurso de apelación: el principal y el adhesivo. El primero tiene vida autónoma e independiente de la conducta que asuma en el proceso la parte contraria con respecto a la sentencia. El apelante principal es dueño y señor de su recurso por medio del cual aspira a proteger sus intereses perjudicados por el fallo, sin que para nada influya en la vida y destino del mismo la actitud procesal que asuma el apelado. El segundo va como adherido al principal y sigue formalmente el progreso y destino de éste, del cual depende en su existencia y duración, estando su estabilidad procesal supeditada a la del principal.

La adhesión en nuestro derecho es un verdadero y propio recurso, pues por él, pretende el apelado mejorar la situación en que le colocó la sentencia recurrida (PRIORE SENTENTIA); pero es un recurso de naturaleza peculiar, por cuanto, a diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación principal con adhesivo el adherente no inicia una nueva instancia que encuentra ya constituida en el cual se injerta, aprovechando sus efectos, y, siendo un auxilio que se deriva directamente de la ley apoyándolo en la apelación contraria, no es menester que sea admitido por el juez; no tiene efectos suspensivos ni devolutivos propios. Aprovechándose de los ya producidos por la apelación contraria. Conforme a la estructura y finalidad que tiene y persigue la adhesión, es un remedio de naturaleza subordinada a la del recurso principal, de forma que toda causa que ponga a fin a éste. Como es el del desistimiento que específicamente se regula, acarreará también el percibimiento del recurso adhesivo, que queda así falto de base igualmente ineficaz. El derecho venezolano sólo admite del recurso adhesivo esta modalidad subordinada, desconociendo la figura de la adhesión autónoma o adhesión principal. Aceptada por otros derechos.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Importa advertir que el Código del Proceso Civil portugués vigente, obra del profesor Aborto Dos Reis, acogió en el artículo 682, al lado del recurso independiente, el subordinado, creando así con esta última figura una modalidad nueva, que corresponde sustancialmente a nuestra adhesión a la apelación. Al ilustrar el maestro la doctrina que se deriva del citado artículo, explica el criterio de política legislativa que sirvió de fundamento a esa reforma con respecto al sistema tradicional, razonándola en los siguientes términos: "La parte puede interponer o un recurso INDEPENDIENTE o un recurso SUBORDINADO. si usa de la primera forma su recurso no puede ser afectado por la actitud del adversario ni por la suerte del recurso que es interpuesto por éste: si usa el segundo. La suerte de su recurso queda sujeta a la suerte del recurso de la parte contraria. Publicada una decisión en parte desfavorable al actor y al reo, pueden ambos o uno de ellos encontrarse en parte desfavorable al actor y al reo, pueden ambos o uno de ellos encontrarse en una de estas situaciones: a) resolución firme de recurrir porque no se conforma con la parte desfavorable y entiende que el tribunal superior no puede dejar de revocar la decisión en esa parte: b) estado de indecisión y



### 3.1 DERECHO Y CARGAS DEL ADHERENTE. SU SITUACIÓN PROCESAL. LEGITIMACIÓN PARA ADHERIR. DESISTIMIENTO DEL RECURRENTE. EFECTOS

El adherente es un verdadero apelante y goza de todos los derechos y está sujeto a las mismas cargas procesales que éste. Es así como puede impulsar la causa, promover las pruebas que estime conducentes y que sean admisibles en alzada, contradecir las promovidas por la parte contraria, desistir del recurso adhesivo, y en fin, hacer lo mismo que hubiera podido hacer si fuese un apelante principal, con la reserva dicha de ser un recurrente cuyo derecho accesorio de adhesión está subordinado a la vida del recurso principal. El adherente es verdadero apelante y puede, por tanto anunciar casación contra el fallo que no remedie los gravámenes que fueron causa de su adhesión. Por tanto, el apelado que no adhiere no puede hacer uso de esa vía extraordinaria, por cuanto no agotó los recursos ordinarios que le acuerda la ley, entre los cuales figura el remedio de la adhesión.

La legitimación formal necesaria para adherir, la confiere la cualidad de parte apelada que se considera perjudicada por el fallo. Permitiendo nuestro derecho, por modo excepcional, que de la sentencia definitiva pueda apelar también todo aquel que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, resulte perjudicado por la decisión (artículo 189 Código de Procedimiento Civil), es manifiesto también que todo interesado que conforme a dicha norma esté legitimado para apelar principalmente, tiene igualmente cualidad para hacer uso del derecho de adherir a la apelación contraria, teniendo las mismas facultades y cargas de una parte adherente.

---

incertidumbre que lo inclina a aceptar la parte desfavorable si su adversario no recurre. El recurso INDEPENDIENTE da satisfacción a la primera actitud, ajustándose al primer estado de ánimo: el recurso subordinado se acomoda admirablemente a la segunda disposición psicológica. En el primer caso la parte no está a la espera de la resolución que tomará su adversario sino que ataca directamente la decisión mediante el recurso independiente: en el segundo caso, la parte está propensa a aceptar la decisión si su adversario no recurre y por eso no toma la iniciativa de interponer un recurso INDEPENDIENTE, sino que guarda reserva y espera la actitud de la otra parte, y solo recurrirá mediante el recurso SUBORDINADO, si el litigante del recurso independiente. He ahí mecanismos y los fines del recurso independiente y del recurso subordinado". Cfr., CODIGO DE PROCESO CIVIL ANOTADO, 2 ED., Coimbra p. 468. Por su parte, enseña Liebman: "una apelación unilateral que no esté acompañada de ese necesario complemento (la adhesión), conducirá a consecuencias injustas en detrimento del apelado, violando la igualdad de las partes y rompiendo el equilibrio del proceso de segunda instancia. terminaría en la práctica por favorecer la interposición del recurso en muchos casos en que ambas partes, parcialmente vencidas, se inclinarían a aceptar la sentencia pues tendrían temor en no poder apelar oportunamente en caso de apelación del adversario, tomándose muy incómoda la posición de simple apelado". Op cit., supra. Nota 32, nota 18.



Que apelo principalmente, habiéndolo hecho también el adversario, retira su apelación o desiste de ella después de admitida, puede, no obstante, adherir a la apelación contraria, aun en mayor extensión del gravamen que indico en la oportunidad de apelar, no hallando limitación alguna el beneficio de adherir con fundamento en esa circunstancia.

### **3.2 DIFICULTADES QUE PRESENTA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADHESIÓN. OPORTUNIDAD PARA ADHERIR.**

El funcionamiento del instituto de la adhesión tropieza en la práctica con ciertas dificultades oriundas de nuestro sistema de procedimiento, estructurado con el laudable designio de lograr mayor sencillez y brevedad. La peculiaridad de ese sistema ha repercutido sobre el régimen legal del recurso de apelación y su progreso en la segunda instancia.

El principio de que las partes están siempre a derecho (lo que hace innecesarios los traslados y comunicaciones de los actos procesales), y el de que la causa, por reglar general, se mueve automáticamente, impelida por el móvil inicial de la acción hacia la decisión final, llevaron a nuestros legisladores a crear un sistema original para el recurso y la instancia de apelación. Según ese sistema una vez publicada la sentencia definitiva, se abre de pleno derecho un plazo de cinco audiencias para que la parte que se considere agraviada interponga contra ella el recurso de apelación, sin necesidad de notificación previa de la sentencia ni de comunicarse a la otra parte el recurso interpuesto por la contraria. Vencido dicho plazo y oída la apelación en ambos efectos, salvo disposición contraria, sube de oficio el expediente original de la causa al juez AD QUEM, quien fijará para determinada audiencia el acto de la vista, oyéndose luego en el oportunidad de que se señale los alegatos o informes de las partes (artículo 414 del Código de Procedimiento Civil). No existe, pues, como en otros sistemas, una oportunidad preliminar destinada para presentar el apelante su escrito de expresión de agravios, así como tampoco escrito del apelado para contestar a los mismos (escrito de agravios medio). En esos sistemas. Es en el escrito de contestación que el apelado debe manifestar su voluntad de adherir a la apelación contraria e indicar los gravámenes de que a su vez se queja, bajo pena de preclusión del recurso adhesivo.

Dada la originalidad de nuestro sistema, en donde esos escritos preliminares de la segunda instancia no existen, se ha presentado a la práctica el problema de saber cuál debe ser la oportunidad para que el apelado exprese su voluntad de adherir a la apelación.



Dos teorías han sido elaboradas por la doctrina nacional para resolverlo. Según la primera, el acto de adhesión debe hacerse ante el juez A QUO, precisamente dentro del plazo de las 5 audiencias señalado para apelar, que es el tiempo útil, a tal punto que "fuera de este lapso, el derecho caduca y la autoridad de la cosa juzgada se impone irremisiblemente".<sup>35</sup>

Esta teoría es inaceptable, porque siendo el plazo para apelar común a ambas partes y perentorio. Cada una de ellas puede reservar el ejercicio del derecho de adherir hasta el último instante de su decurso, lo que conduciría en la práctica a hacer hasta el último instante de su decurso, lo que conduciría en la práctica a hacer nugatorio su ejercicio. Pues suponiendo una apelación principal previa. Tal apelación no existiría, porque, en la hipótesis, se consumió el tiempo hábil para proponerla. Esta incertidumbre de situaciones obliga en la práctica a los litigantes a apelar cada uno por vía directa y principal, sin esperar a que la parte contraria interponga su recurso, lo cual es la causa fundamental de que el instituto de la adhesión sea el sistema de los recursos un órgano casi atrofiado. Por lo demás esta teoría esta en manifiesto desacuerdo con el origen y el propósito del recurso adhesivo, según los cuales el acto de adhesión se hacía siempre ante el juez ad quem, en el escrito de contestación de agravios, habiendo demostrado con fundadas razones el Conde de la Cañada:

que los cinco días que se conceden para apelar o extinguir con su curso el uso de este remedio no corten al que quieren adherirse a la apelación contraria, ni pierde este auxilio, aunque no use de él dentro de ellos; y que el primer punto en que puede empezar el termino para adherirse es el último día del emplazamiento<sup>36</sup>

La segunda teoría sostiene que la adhesión debe hacerse ante el juez AD QUEM, en la oportunidad de informes, única que señala nuestro derecho para oír las alegaciones de las partes. Este acto es el destinado para que el apelante y el apelado determinen los puntos de la sentencia que les causa agravios, no habiéndolos determinado aquel en la oportunidad de interponer apelación.<sup>37</sup> Una modalidad de esta segunda teoría admite que la adhesión puede efectuarse en todo tiempo, hasta en el acto de informes.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Marcano Rodriguez, Loc. cit

<sup>36</sup> Op. Cit., supra, nota 5, part. li, cap. VII, num 7. Cfr. En el mismo sentido von Linde, op. Cit., supra, nota 5 & 199; walsmann, op. Cit., supra, nota 6, p. 129

<sup>37</sup> Feo, op. Cit., supra, nota 23, p. 315

<sup>38</sup> Borjas dice: "creemos que esta última opinión es la más acertada, pues, no se concibe que se conceda para adherir a una apelación interpuesta el mismo lapso que se acuerda para interponer el



De estas dos teorías parece indudable que es la segunda con la modalidad de Borjas, la que mejor responde al espíritu de la institución y a sus antecedentes históricos. Es una peculiaridad de nuestro derecho, que los efectos de la apelación surgen solamente desde el momento de su admisión y no desde el de su interposición (artículo 185 Código de Procedimiento Civil), por lo cual, abriéndose con la admisión la segunda instancia en fuerza de la apelación admitida, el derecho de adherir no puede surgir concretamente sino desde la iniciación de la misma.<sup>39</sup>

### **3.3 MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE ADHERIR. VOLUNTAD EXPRESA. ACTOS CONCLUYENTES. INFORMES. SU IMPORTANCIA PARA EL RECURSO DE CASACIÓN. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE ADHERIR?**

La voluntad de adherir a la apelación contraria no se presume y ella debe aparecer de una declaración expresa, o de actos concluyentes o inequívocos en tal sentido. En la práctica forense es bastante raro el acto de adhesión expresa, considerándose. Suficiente como acto concluyente el pedimento que se hace en los informes de que modifique la sentencia apelada en las cuestiones o puntos cuyo gravamen denuncie el apelado. Por desconocerse el sentido y alcance propios de la adhesión como recurso accesorio y subordinado, el pedimento generalmente se limita a los mismos puntos que han sido objeto de la apelación principal y nunca a los distintos u opuestos a ésta, por considerarse erradamente que han pasado en autoridad de cosa juzgada. El pedimento que formula el apelado en los informes de que se reforme la sentencia también en su favor es, en realidad, una manifestación de adherir a la apelación, cuya naturaleza e importancia generalmente se ignora.

---

expresado recurso de alzada. La adhesión es un recurso accesorio de este último, que se da al que no pudo o no quiso interponerlo porque en vez de querer ser apelante, se conforma con incorporarse al que lo es, aun cuando deba correr su suerte, por lo cual es justo que el desistimiento de la apelación por parte del recurrente principal produzca la caducidad o cesación de ADHESION ACCESORIA."

<sup>39</sup> Que el efecto suspensivo y devolutivo de la apelación solo se producen desde el momento en que el recurso ha sido admitido y no desde el de su interposición, es doctrina pacífica que se deriva de la letra de la ley, y lo ha reconocido la corte Federal y de Casación en sentencia del 27 de junio de 1949 (Gaceta Forense, año i, núm. 2, p. 29 y s.). nuestro derecho acogió así un sistema distinto del seguido por el proceso común y el español antiguo que consideraba atentado no solamente lo hecho por el juez A QUP después de interpuesto el recurso, SED ETIAM IN TERMINO AD APPELLANDUM, como aparece de la doctrina de los doctores y legistas. Véase Scaccia, op. Cit., supra, nota 6 lib. Iii, cap II, num 28. Anteriormente se siguió este sistema con fundamento en la interpretación que se daba a la frase "pendiente la apelación" con que comenzaba el artículo 7 de la Ley única de 27 de mayo de 1850, como lo atestiguan, castillo y Viso, Código de Procedimiento Ilustrado, Valencia, 1851, p. 67, nota 16; pero desde el código del 63 (artículo 12, ley I, tit. Iii) dicha frase fue sustituida por la de "admitida la apelación", que ha sido conservada en todos los códigos posteriores hasta el actual. Desde entonces quedó sustancialmente modificado el sistema tradicional.



Pudiendo tener el recurso de adhesión por objeto puntos diferentes u opuestos a los del principal, el apelado puede pedir que el juez considere y decida también dichos puntos, aunque no hayan sido objeto de la apelación. Esto presenta grande importancia práctica. Así: ante una sentencia que declara sin lugar tanto la demanda principal como la reconvenicional. De la cual interpone apelación principal sólo el demandante. Podría el demandado reconviniente adherir a la apelación para que el juez ad quem considere y decida también la reconvenición.

Es intuitivo que si la parte apelada ha manifestado seriamente su intención de acatar incondicionalmente la sentencia, como por ejemplo realizando la prestación a que fue condenada, o efectuando otro acto cuyo sentido inequívoco es el de dar cumplimiento al fallo en los puntos que le son gravosos, entonces el recurso de adhesión debe considerarse como expresa o tácitamente renunciado y el apelado no podría pretender válidamente ejercer el derecho de adhesión en la instancia superior. En todo caso, esa voluntad de renunciar al recurso no podría inferirse del simple hecho de no haber interpuesto oportunamente contra la sentencia apelación principal y autónoma.

Cuando el apelado se limita en la segunda instancia a defender la sentencia y solicita su confirmación, aun cuando le sea gravosa, el no necesita, como se ha dicho, adherir a la apelación contraria: pero deberá hacerlo necesariamente. Sea en forma expresa o concluyente, si aspira obtener en la alzada una reforma del fallo en su favor. De lo contrario, el juez no podría empeorar la condición del apelante, por estar limitándonos sus poderes a tal fin (NE PROCEDAZR IUDEX EX OFFICIO; NE CAR IUDEX ULTRA PETITA PARTIUM). Dentro del ámbito de los gravámenes denunciados en los respectivos recursos (principal y adhesivo). La causa se replantea en la segunda instancia, y las acciones, excepciones y defensas que las partes hicieron valer en ella, se consideran reiteradas íntegramente en la alzada.

El derecho de adherir a la apelación, por tanto, configura un recurso ordinario, accesorio y subordinado al de apelación de la parte contraria, mediante el cual se confiere al apelado la facultad procesal de solicitar oportunamente del juez AD QUEM, que reforme la sentencia recurrida en su favor, en todos aquellos puntos que en alguna forma le producen gravamen.



## CONCLUSIONES

El largo recorrido histórico realizado tras las huellas legislativas y doctrinales del instituto de la apelación, demuestra que la rica herencia recibida de la sabiduría antigua, halla límite a su vigencia con la mudanza de los tiempos, que trajo consigo el apareamiento de nuevas valoraciones jurídicas y modalidades a la forma de actuarse la idea del derecho y representarse los fines del proceso. Cada época forjó su propia cultura, su sistema de vida espiritual y su gama de sentimientos y valores, que la política legislativa de cada edad aspiró en vano a fijar en normas inmutables.

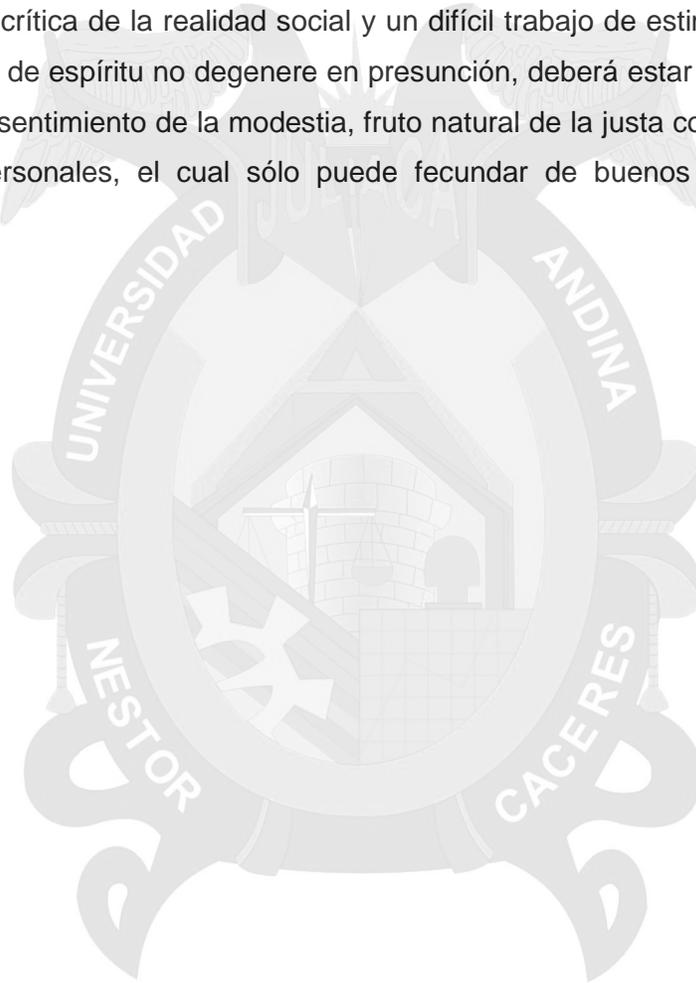
En el derecho romano clásico domina una concepción absolutamente privatista del recurso de apelación, debiendo cada litigante solicitar directamente y por sí solo la corrección de los agravios; en el periodo justiniano, el eponimo legislador, como intérprete de una concepción cristiana de la vida y de la justicia, promulga la antítesis de confiar al juez la defensa del apelado, aun de oficio, dándole así la instancia de apelación y al proceso mismo una finalidad publicista, cuyo profundo sentido revolucionario fue menguado en la síntesis que realizó después del medievo, la mayoría de los doctores del derecho común; síntesis esta que desaparecería luego, cuando una buena parte de la doctrina adoptó en la teoría del recurso de apelación el instituto de la adhesión, replanteándose así la necesidad de que el apelado ocurriera también al juez de alzada, como condición de ser oído y auxiliarse también en su gravamen. De ahí que las variadas perspectivas históricas y políticas que se tuvieron sobre la finalidad del proceso, repercutieran, de manera más o menos intensa, sobre el sistema del recurso de apelación y la conducta de los sujetos procesales.

Tarea primordial de los reformadores de nuestro proceso civil, habrá de ser la de estudiar el instituto de la adhesión con criterio científico, teniendo al propio tiempo en cuenta las supremas razones de oportunidad política que le hicieron aparecer en el ámbito cultural de otras edades, y que aún hoy aconsejan su mantenimiento en los sistemas positivos, eliminándose las dudas e imperfecciones técnicas de que adolece su actual regulación. A tal fin, es obra de la doctrina nacional inquirir su verdadera naturaleza orgánica, auscultar su sentido recóndito y perfeccionar su estructura, apoyándose en las fuentes de su formación histórica, en los datos suministrados por la experiencia jurídica de otras naciones y en los datos suministrados por la experiencia jurídica de otras naciones y en los supremos principios que deben informar un sistema de proceso civil racionalmente elaborado.



La adhesión a la apelación es un instituto antiguo y sabio. Su antigüedad en nada mengua su vigencia, y, movido como está en su íntimo ser por la conveniencia y la justicia. Presenta también el valor de las cosas actuales. Don Andrés Bello, en uno de sus tantos estudios admirables y aleccionadores, no dejó esta sentencia profunda:

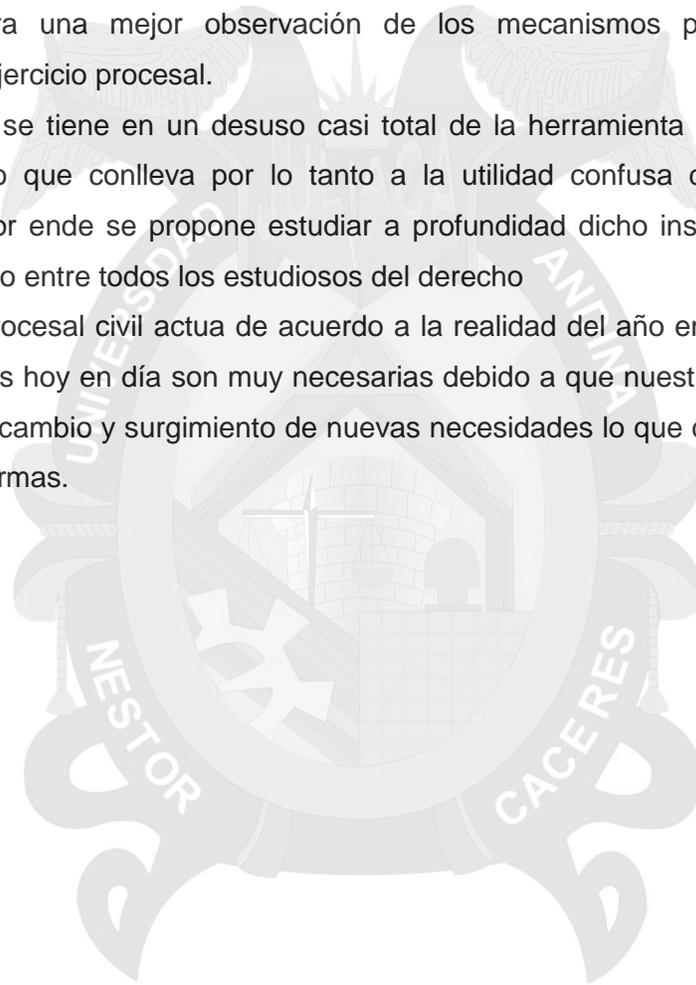
En el mundo real del derecho, como parte de la ontología regional de la cultura, no existen principios dogmáticos inmutables. El intérprete, tanto como el legislador, tendrá siempre ante sí una ardua tarea crítica de la realidad social y un difícil trabajo de estimativa jurídica; pero para que si libertad de espíritu no degenera en presunción, deberá estar acompañada, como decía Savigny, del sentimiento de la modestia, fruto natural de la justa conciencia de nuestra débiles fuerzas personales, el cual sólo puede fecundar de buenos los resultados esa libertad de visión.





## SUGERENCIAS

- De acuerdo a nuestra coyuntura, la reforma civil y procesal civil empieza a denotar los primeros atisbos de una reforma, ello en base a que este constituida por normas bien estudiadas y que proporcionen a nuestra sociedad las herramientas para buscar una mejor sociedad
- La capacitación de nosotros los futuros abogados y dueños de la investigación jurídica para una mejor observación de los mecanismos procesales para un adecuado ejercicio procesal.
- Hoy en día se tiene en un desuso casi total de la herramienta de la adhesión a la apelación lo que conlleva por lo tanto a la utilidad confusa de este mecanismo procesal, por ende se propone estudiar a profundidad dicho instituto y proliferar su conocimiento entre todos los estudiosos del derecho
- El código procesal civil actua de acuerdo a la realidad del año en el que fue creada, sus reformas hoy en día son muy necesarias debido a que nuestra realidad va en un proceso de cambio y surgimiento de nuevas necesidades lo que conlleva a actualizar nuestras normas.





**ANEXOS**

**PROTOTIPO DE INSTRUMENTOS.**

**FICHA BIBLIOGRÁFICA**

<b>NOMBRE DEL AUTOR:</b>
<b>TÍTULO DEL LIBRO:</b>
<b>EDITORIAL LUGAR Y AÑO:</b>
<b>NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:</b>
<b>Código:</b>

**7.5 FICHA DOCUMENTAL.**

<b>NOMBRE DEL AUTOR:</b>
<b>INDICADOR:</b>
<b>TÍTULO:</b>
<b>IDENTIFICACION DEL DOCUMENTO:</b>
<b>FECHA:</b>
<b>COMENTARIO O CITA:</b>
<b>LOCALIZACION:</b>



## BIBLIOGRAFIA

1. ALSINA Hugo. Recurso de Apelación. Capítulo XXX. Páginas 206 a 235.
2. ASECIO MELLADO, José María. "Derecho Procesal Penal" 1998  
COLERIO, Juan Pedro "Recurso de Queja por apelación denegada" en AA.VV.  
Recursos Judiciales, Ediar, Buenos Aires, 1993.
3. BASADRE AYULO Jorge, *Historia Del Derecho*, pág. 401 - 421, Cultural Cuzco S.A.,  
Lima, 1994.
4. DE PINA VARA, Manuel. Manual de derecho procesal civil. Madrid 1936. Páginas 522  
a 529.
5. BRAVO MELGAR, Sidney, *Medios impugnatorios*, primera edición, Tomo I, Editorial  
RODHAS, Lima-Perú 1997.
6. CARLOS RAMOS Núñez, *El Código Napoleónico Y Su Recepción En América Latina*,  
Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1997.
7. MARQUÍN ALVAREZ, Manuel. *Recursos y Organización Judicial*. Páginas 122 a 125.  
Lima-Perú 2001.
8. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y Política*. Lima: Eddili, 1991
9. GARCIA RADA, Domingo. "Manual de Derecho Procesal Penal" sexta Edición, Lima,  
1980
10. GIMENO SENDRA, Vicente. "Constitución y Proceso" 1996  
MANUEZOZ CORLLO, Julio. *Control social y pragmático penal*, editorial san  
marcos, Lima, 1995
11. FERNANDO VIDAL Ramirez, *Introducción Al Derecho Civil Peruano*, WG editor  
E.I.R.L. Lima 1992.
12. FUNDACIÓN M.J. BUSTAMANTE De La Fuente, *Instituciones Del Derecho Civil  
Peruano* (Visión Histórica) 3 Tomos, Cultural Cuzco, Lima 1996.
13. J. ARAUJO Jess, *La Ley Y Sus Derechos Legales*, Prentice Hall, USA.
14. JULIO AYASTA Gonzales, *El Derecho Comparado Y Los Sistemas Jurídicos  
Contemporáneos*, Ediciones RJP, Lima 1991.
15. KELLY HERNÁNDEZ, Santiago. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa.  
Eduardo Pallares. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa.  
Páginas 86 a 88.



16. LORETO Luis, *Adhesión a la Apelación (Contribucion a la teoría de los recurso en materia civil)*.
17. MIXAN MASS, Florencio, *"El Juicio Oral"* Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975
18. PALACIOS, Lino *"Manual de Derecho Procesal Civil"* Tomo I, Editorial AbeledoPerrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 1968.
19. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Proyectos Y Anteproyectos De La Reforma Del Codigo Civil*, 2 Tomos, Fondo Editorial 1980.
20. RABASA Oscar, *El Derecho Angloamericano*, Fondo de Cultura Económica, México.
21. RENE David, *Los Grandes Sistemas Juridicos Contemporaneos*, Aguilar S.A. España 1973.
22. TRABUCCHI Alberto, *Instituciones De Derecho Civil*, 2 Tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1967.
23. W.W. Buckland, *Derecho Romano Y Common Law*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.
24. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, *Proyectos Y Anteproyectos De La Reforma Del Codigo Civil*, 2 Tomos, Fondo Editorial 1980.

