

SOBRE LOS PODERES DEL JUEZ DE APELACIÓN

Eugenia Ariano Deho^(*)

«El juez de segunda instancia no comprueba un resultado como se comprueba una operación matemática, sino que la hace otra vez, por lo general con los mismos datos».

EMILIO GÓMEZ ORBANEJA

SUMARIO: 1. La apelación como impugnación devolutivo-sustitutiva.— 2. El efecto devolutivo en la apelación de sentencias y su extensión (*tantum devolutum quantum appellatum*). La prohibición de la *reformatio in peius*.— 3. Ulterior extensión del efecto devolutivo: la adhesión a la apelación.— 4. *Signe*. Límites objetivos.— 5. *Signe*. Límites subjetivos.— 5. Acumulación eventual, efecto devolutivo y adhesión a la apelación.— 7. Poder de integración del *ad quem* sobre los «extremos» faltos de pronunciamiento.— 8. *Signe*. «Integración» por el *a quo* e «integración» por el *ad quem*.— 9. Efecto devolutivo, acumulación «condicional» de pretensiones e instancia plural.— 10. Efecto devolutivo y sentencias absolutorias de instancia.— 11. El limitado poder del juez *ad quem* de anular la «resolución impugnada».— 12. *Signe*. Vicios «extraformales» de apreciación oficiosa.— 13. ¿Puede haber una apelación «no devolutiva»?— 14. Por una cabal concepción de la garantía de la segunda instancia.

1. La apelación como impugnación devolutivo-sustitutiva

Aún con todas las incertidumbres que provoca el «modelo» de apelación acogido por el CPC de 1993¹, de lo que podemos tener la certeza es que ella — como regla— no ha dejado de ser una *impugnación devolutivo-sustitutiva*, vale decir, una impugnación cuya *concesión*² le confiere al juez *ad quem* el poder para *reenjuiciar* la

^(*) Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima.

¹ Cfr. mi *En la búsqueda de nuestro «modelo» de apelación civil*, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 2, N° 2, dic. 2008 (http://pergamino.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/La_apelacion_buscada_-_Eugenia_Ariano.pdf), así como en *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Quispikay*, Año 1, N°1, 2009, p. 47 y ss.

² Siguiendo una larga tradición que nos viene desde el derecho común medieval (el que a su vez se deriva de la original apelación romana), nuestra apelación se debe interponer ante el propio órgano jurisdiccional que ha emitido la resolución que se pretende apelar. De allí que el procedimiento de apelación esté notoriamente dividido en dos fases a llevarse ante dos distintos órganos judiciales: una fase preliminar ante el juez *a quo*, a los efectos de su interposición y «calificación» por el juez; y, superada ésta, la del procedimiento de apelación propiamente dicho ante el juez *ad quem*. La consecuencia de mantener la regla tradicional es que el propio juez emisor de la resolución impugnada no sólo interviene para «recibir» el recurso sino además para «calificar» su admisibilidad y procedencia, con la (nada rara) posibilidad de que pueda errar en su calificación y denegarlo. De allí la necesidad de prever, cual remedio a favor del frustrado apelante, el recurso de queja ante el propio juez *ad quem* (art. 401 CPC), a los efectos de la apelación le sea «concedida». Será recién con la «concesión» por parte del juez *a quo* (o por el propio *ad quem* como consecuencia de la estimación de la queja) que se producirá el efecto devolutivo. No está de más decir que este complicado mecanismo en el que el juez *a quo* tiene el poder de filtrar las apelaciones dirigidas contra sus resoluciones con la ulterior posibilidad del planteamiento de la queja, implica un evidente derroche de actividad judicial que bien se podría ahorrar. En general, el planteamiento de la apelación ante el juez *a quo* es bastante antieconómico (v. arts. 373, 376 y 377 CPC). Esa es quizá la razón por la cual en otros ordenamientos (que siguen la muy distinta tradición francesa), haciendo un tanto de economía procesal, la apelación se interpone directamente ante el juez que deba conocer del procedimiento que ella instaura, con la consecuencia de que el juez que emitió la resolución apelada no tiene ya intervención alguna en tal procedimiento (y no se tiene necesidad de la queja).

controversia o la cuestión incidental ya conocida y (en principio) decidida por el primer juez y no simplemente el poder de controlar (o sea de «revisar») la corrección la resolución apelada³.

Pero si esto es así (y es mi convicción de que no podría no ser así, pues caso contrario la apelación de sentencia habría dejado de ser promotora de ulterior «instancia» cayendo su regulación en inmediata inconstitucionalidad⁴), si en virtud de la apelación se produce el «traspaso» o «transmisión» del poder para conocer y decidir de un determinado asunto de un juez a otro, la pregunta es *¿cuánto poder se «traslada»?*

La pregunta envuelve toda una serie de cuestiones sobre los poderes del juez de apelación. De ellas se tratará a continuación.

2. El efecto devolutivo en la apelación de sentencias y su extensión (*tantum devolutum quantum appellatum*). La prohibición de la *reformatio in peius*

Comencemos con la concerniente a la *extensión* del efecto devolutivo.

El punto de partida es el primer párrafo del art. 370 CPC que bajo la sumilla «competencia del Juez superior» señala que éste «no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido».

In primis, hay que aclarar que la disposición contenida en el primer párrafo del art. 370 CPC está referida (implícitamente) a la apelación de las sentencias (y no a los autos⁵) y solo tiene relevancia cuando pese a haber vencimiento recíproco⁶ no

³ Sobre lo que deba entenderse por impugnación «sustitutivo-devolutiva», cfr. las siempre claras palabras de LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 460. Sobre los efectos perversos que puede provocar el concebir al juez *ad quem* como un mero «revisor» de la resolución apelada y no como un «re-enjuiciador» de la controversia, cfr. mi *Un insólito «torneo» entre recurso de casación y apelación: cuando el sentido común se «sustra»*, en *JuS.Jurisprudencia*, N° 9, agosto 2008, p. 11 y ss.

La propia Corte Suprema ha tenido manera de establecer los poderes del juez de apelación. Es así que ha señalado que: «en principio, el juez superior de segunda instancia tiene plenitud de poder para revisar, conocer y decidir sobre todas las cuestiones propuestas y resueltas por el Juez inferior; (...) sin embargo, cabe precisar que la extensión de los poderes de instancia de alzada está presidida por un postulado que limita el conocimiento del superior, recogido históricamente en el aforismo: *tantum appellatum quantum devolutum*, en virtud del cual, el Tribunal de alzada solamente puede conocer mediante apelación de los agravios que afectan al impugnante» (así en Cas. N° 1336-96/Piura, en *El Peruano*, 14 de mayo de 1998); «la Corte Superior al absolver el grado conoce *ex - novo*, es decir, conoce de todo el proceso como instancia, no estando limitada en su conocimiento a los fundamentos que sirven de sustento al recurso de apelación respectivo, sin embargo, no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante conforme lo dispone el artículo trescientos setenta del Código Procesal acotado» (así en Cas. N° 1123-2000/Ica, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 39, dic. 2001, p. 160 y s.); «que es una función de la Corte Superior cuando actúa como segunda instancia el conocer *Ex Novo*, es decir todo nuevamente, siendo la única limitación de la Corte, el no pronunciarse en perjuicio del apelante como dispone el artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil» (así en Cas. N° 3018-2002/Ica, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 55, abril 2003, p. 150 y ss.).

⁴ Sobre el tema cfr. mi *Sobre el deber de fundamentar la apelación y la denominada «segunda instancia»*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 76, enero 2005, p. 75 y ss.

⁵ A la extensión del efecto devolutivo respecto de la apelación de autos el art. 370 CPC dedica el segundo párrafo, estableciendo que si objeto de apelación es un auto «la competencia del superior sólo alcanza a éste y a su tramitación». La disposición tiene un significado meramente negativo: si se apela de un auto (interlocutorio o final) el «efecto devolutivo» se circunscribe a la cuestión incidental resuelta por el juez *a quo*, y no a la controversia, o sea a las pretensiones planteadas por las partes. Así apelado el auto que declara

todas las partes apelen de los extremos o partes desfavorables de la sentencia de primera instancia. Ella, en consecuencia, nos permite inferir la extensión del efecto devolutivo de la apelación: el juez *ad quem* en virtud del recurso es investido de la competencia (o sea del poder) para conocer y pronunciarse solo sobre aquello que fue apelado. Lo demás, lo no apelado, está fuera de su competencia (o sea de su poder)⁷.

Ergo, si la apelación de sentencias activa la segunda instancia del proceso, esta segunda instancia puede tener un ámbito objetivo más limitado que la primera, pues ello depende del comportamiento de las partes, cual clara expresión, en sede de apelación, del principio dispositivo que gobierna el proceso civil⁸.

Sobre el particular hay que tener en cuenta que en la secular historia de la apelación se han desarrollado dos «sistemas»:

- a) aquél en el cual la apelación traslada al *ad quem* el poder de conocer y decidir *todo* lo que fue conocido y decidido por el *a quo* (efecto devolutivo *pleno*); y
- b) aquél en el que al juez *ad quem* se le traslada sólo el poder de conocer y decidir aquella parte de lo conocido y decidido por el *a quo* que fue específicamente apelado, con la consiguiente prohibición de una *reformatio in peius* (efecto devolutivo limitado a los extremos efectivamente apelados).

El primer sistema responde al principio justiniano (contenido en la Constitución *Ampliore* del año 530 d.C.⁹), en virtud del cual el mero planteamiento de la apelación transfería al juez *ad quem* el pleno conocimiento de todo el asunto, con la consiguiente posibilidad de modificar la sentencia apelada tanto a favor del apelante como del apelado, es decir, con la normal posibilidad de una *reformatio in*

fundada una excepción, el *ad quem* podrá pronunciarse *solo* sobre la excepción. Si él considera que la excepción es infundada, no podrá «retener la causa» y pronunciarse él sobre el fondo, pues su «competencia» (o sea, su poder) se circunscribe solo al conocimiento de tal cuestión incidental.

⁶ Ello puede producirse no solo en los casos de acumulación de pretensiones (en cualquiera de sus variantes) sino también tratándose de una de pretensión (única) de cantidad (p. ej., la condena al pago de cierta cantidad de dinero o a la entrega de determinada cantidad de bienes fungibles).

⁷ A tal conclusión se podría llegar también a la luz del art. 364 CPC que establece que el recurrente, al apelar, puede tener el «propósito» de que la resolución impugnada sea revocada (o anulada) solo «parcialmente». Por tanto, a estar a la posibilidad de ese limitado «propósito» (de la revocación «parcial») del apelante, el juez *ad quem* sólo será investido de la competencia sobre esa parte o extremo de la controversia (o cuestión) resuelta por el *a quo* que haya sido impugnada por el apelante.

⁸ Una auténtica paradoja en un código tan declaradamente «publicístico» como se proclama que sea el CPC de 1993 (lo evidenció en mi *Un Código de fin de siglo: el Código Procesal Civil peruano de 1993*, en *Problemas del proceso civil*, El Jurista, Lima, 2003, p. 8). No por nada en el ámbito del proceso penal (el proceso «publicístico» por excelencia), conforme al texto original del art. 300 del Código de Procedimientos Penales de 1940 la Corte Suprema podía aumentar la pena incluso si solo el condenado había recurrido de la sentencia condenatoria. Será recién con la Ley N° 27454 del 24/05/2001 (confirmada, luego, por el D. Leg. N° 959, del 17/08/2004) que se introduce la prohibición de la *reformatio in peius* (permitiendo, sin embargo, una reforma *in melius* incluso si el condenado no recurrió).

⁹ Señala Justiniano en su Constitución del año 530 d.C.: «... mandamos, que una vez que el apelante haya comparecido en el juicio y expuesto las causas de su apelación, tenga facultad también su adversario, si quisiese oponer algo a lo juzgado, estando presente, para hacerlo y para obtener el auxilio del juez; mas si estuviere ausente, cumpla, sin embargo, el juez su cometido por su propia autoridad» (Cód., VII, LXIII, 39).

peius, y ello porque se consideraba que la apelación reabriendo por completo el juicio, podía beneficiar tanto al uno como al otro (era pues un *beneficium commune*), incluso si el demandado hubiera estado ausente o en rebeldía durante el procedimiento de apelación¹⁰.

El segundo sistema —que era el que regía antes de la reforma justiniana¹¹— comienza a (re)perfilarse en los tiempos de la Glosa, la cual, limitando el alcance del principio justiniano, interpretó que en aquellos casos en los que la sentencia tuviera varios extremos o partes (*capitulas*) y hubiera vencimiento recíproco, sólo se trasladaba a conocimiento y decisión del *ad quem* el extremo o parte efectivamente apelado. De tales interpretaciones nacerá luego el conocido brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, que si bien restringía el alcance del efecto devolutivo, no llegará hasta la prohibición de la *reformatio in peius*, en cuanto según la doctrina del derecho común ese era el ámbito del principio justiniano, por lo que la sentencia de apelación podía beneficiar a cualquiera de las dos partes, fuera o no la apelante¹².

De estas doctrinas da clara cuenta HEVIA BOLAÑOS, quien en su *Curia Philipica*¹³, expresaba que:

«En las causas civiles, quando la sentencia contiene diversos capítulos, y cosas separadas unas de otras, se puede apelar de las unas, y dexar las otras; y en las no apeladas, la sentencia queda pasada en cosa juzgada, y firme, y se puede como tal ejecutar» (V, I, 21);

agregando que:

«Por ser la apelación de una parte común á entrambas, quando la una de ellas apela, y la otra no, la apelación hecha por la parte que apeló, aprovecha á la que no apeló, solo en lo apelado, y no en más, ni en lo que consintió» (V, I, 22).

El sistema se completa con la praxis de las curias francesas, las que en base al principio de la «*personalidad de la apelación*», no solo limitaron el efecto devolutivo a

¹⁰ Sobre el principio justiniano, cfr. LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit, p. 480 y s., así como ID., *Arbitrarie limitazioni all'impugnazione incidentale tardiva*, en *Rivista di diritto processuale*, 1969, p. 576. Señala LORETO, *Adhesión a la apelación (Contribución a la teoría de los recursos en materia civil)*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 24, 1975, p. 663 y s., que «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. Elevó 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 publicística puesta al servicio de fines objetivos».

¹¹ Cfr. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Giuffré, Milano, 1967, p. 79, así como LORETO, *ob. cit.*, p. 664.

¹² Cfr. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II, Giuffré, Milano, 1970, p. 170 y nota 178, así como p. 224 y ss., quien por cierto aclara que «la expresión 'reformatio in peius' es ajena a la glosa, y podría quizá haber sido acuñada en correspondencia con la 'reformatio in melius' del derecho canónico».

¹³ Manejo la edición facsimilar de la editada en Madrid en 1797, reimpresa por Lex Nova, Madrid, s/f.

los extremos expresamente apelados, sino que llegaron a perfilar su consecuencia: la prohibición de la *reformatio in peius*¹⁴.

Las diferencias entre los dos sistemas son notorias. Así en el siguiente ejemplo: demandado el pago de 100 más una suma por intereses legales a partir de la constitución extrajudicial en mora, el juez *a quo* declara fundada en parte la demanda condenando al demandado a pagar 90 más intereses que corren desde el notificación de la demanda. El demandante apela solo respecto del extremo referente al momento en que corren los intereses. En el primer sistema la apelación transferiría al juez *ad quem* el íntegro de la controversia, por lo que éste no solo podría reformar la apelada mejorando la posición del apelante (que se pague 100 y los intereses desde la constitución en mora), sino reformarla empeorándola por completo (declarar infundada la demanda en todos sus extremos). En cambio, en el segundo sistema lo único que pasaría a conocimiento del juez *ad quem* sería el extremo referido al momento del cómputo de los intereses, por lo que el *ad quem* solo podría pronunciarse sobre ese punto (igual o reformando *in melius*), pero no podría pronunciarse (ni siquiera *in melius*) sobre el extremo del capital, que no fue impugnado.

El segundo sistema (que parece ser el nuestro) se explica racionalmente: la apelación de una sentencia impide que ésta adquiera firmeza, por lo que si ella se apela solo en parte, lo no apelado queda firme y alcanza la «autoridad» de cosa juzgada (art. 123 CPC), por lo que mal podría el juez *ad quem* pronunciarse sobre algo que quedó consentido.

En el ejemplo: el extremo relativo al pago del capital (limitado por el juez *a quo* en 90), quedó firme por su no apelación; el extremo de los intereses quedó igualmente firme respecto a que ellos se deben y lo único apelado es la parte relativa al momento en que éstos empiezan a correr. Por tanto, el juez *ad quem* no podría reponer en cuestión si se deben o no los intereses, sino solo desde cuando corren. Si así lo hiciera incurriría en no solo en un exceso de poder (por extra petición) sino que violaría la cosa juzgada.

Por tanto, queda confirmado que la prohibición de la *reformatio in peius* tal como prevista en el art. 370 CPC resulta una forma elíptica de indicar la limitación del efecto devolutivo al extremo de la sentencia que haya sido efectivamente apelado. Consentidos los demás extremos, no podrían ser modificados (ni *in melius* ni *in peius*) por el *ad quem*.

Obviamente, el efecto devolutivo sería total si es que el demandante apelara de todos los extremos desfavorables de la sentencia del *a quo* y el demandado hiciera lo propio. En tales casos, la extensión del poder del juez *ad quem* sería el mismo del que tuvo el *a quo* pues ningún extremo habría quedado consentido.

La extensión del efecto devolutivo debe desprenderse del acto de interposición de la apelación (y, como se dirá, de la adhesión) y debería ser la principal función del escrito del art. 366 CPC¹⁵.

¹⁴ Cfr. LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 480 y s., así como ID., *Arbitrarie limitazioni all'impugnazione incidentale tardiva*, cit., p. 577. Cfr., igualmente, LORETO, *op. cit.*, p. 673 y ss.

3. Ulterior extensión del efecto devolutivo: la adhesión a la apelación

El art. 370 CPC, confirmando que la apelación solo transfiere al juez *ad quem* la competencia (o sea el poder) para conocer y pronunciarse sobre los extremos o partes de la sentencia efectivamente apelados y no sobre el íntegro de la *res in iudicium deducta* conocida y decidida por el juez *a quo*, señala que tampoco funciona la prohibición de la *reformatio in peius* en los supuestos de «adhesión». Y lo confirma porque para que el *ad quem* pueda pronunciarse desfavorablemente respecto del apelante se requiere que la parte de la sentencia a él favorable llegue a conocimiento y decisión del *ad quem*, lo que solo podría ocurrir si es que el contrario hubiera también él apelado a tiempo o, a plazo vencido y en las oportunidades establecidas en la ley¹⁶, se hubiera «adherido» a la apelación de la otra parte.

Así pues, la mera existencia de la figura de la «adhesión» a la apelación en un sistema procesal, confirma *per se* la total superación del principio justiniano de la apelación cual *beneficium commune* y la plena operatividad de la regla del *tantum devolutum quantum appellatum*¹⁷. Y ello porque para que el juez *ad quem* pueda conocer

¹⁵ Digo «debería», pues como se sabe el art. 366 CPC exige que la «fundamentación», tenga tres aspectos, a saber: *a*) la indicación de los errores de hecho o de derecho incurridos en la resolución; *b*) la «naturaleza» del agravio; y *c*) la «sustentación» de la «pretensión impugnatoria». El primero (como ya indicado en mi *En la búsqueda de nuestro «modelo» de apelación civil*, cit. en particular en la nota 49) es absolutamente ajeno a la esencia de la apelación cual impugnación devolutivo-sustitutiva, en cuanto con ella se pide un nuevo enjuiciamiento de la controversia y no una mera revisión crítica de la decisión impugnada; el segundo está formulado de manera absurda pues el «agravio» (que es el perjuicio que sufre la parte, por serle la decisión a impugnar en algún sentido desfavorable) no tiene «naturaleza», sino que es el presupuesto objetivo que le da al apelante interés para impugnar; el tercero es decididamente incomprensible pues si «sustentar» es «defender o sostener determinada opinión» (cuarta acepción del DRAE) y si al apelante se le exige una explícita crítica de la (motivación) de la resolución (sus «errores de hecho y de derecho») no se ve qué más debería «sustentar». Lo que debió decir (y así debería entenderse) es que el apelante debe *previsar* el concreto objeto de su apelación, es decir, el extremo o parte de la resolución que impugna (o sea, no consiente) y si «pretende» respecto de lo impugnado su revocación o más bien su anulación, delimitando así el ámbito del conocimiento y decisión del juez *ad quem*.

¹⁶ El CPC tiene oportunidades diferenciadas para la apelación «adhesiva» en razón del tipo de procedimiento seguido en la primera instancia. Así, conforme a lo establecido en el cuarto párrafo del art. 373 CPC, en los procesos cuya primera instancia se haya llevado bajo las reglas del procedimiento «de conocimiento» o «abreviado», el apelado puede adherirse a la apelación de su contrario ante el juez *ad quem* al momento de absolver el traslado de la apelación (es decir, dentro del plazo de diez días reconferido el «traslado»). En cambio, tratándose de las sentencias emitidas en los procedimientos «sumarismos» y en los no contenciosos, a estar a que se le aplican las reglas de la apelación de autos (art. 558 y 756 CPC), la adhesión se debe producir ante el propio juez *a quo* (inc. 1 del art. 376 CPC), dentro de los tres días (se entiende) de notificado el concesorio de la apelación. Sobre estos «momentos» cfr. las indicaciones de LAMA MORE, *La adhesión a la apelación: autónoma o dependiente. Alcances de este medio de impugnación*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N^o 72, setiembre 2004, p. 94 y ss.

¹⁷ Sobre el probable origen de la (equivoca) expresión «adhesión» cfr. LORETO, *op. cit.*, p. 666 y ss. Según los expresa AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Reus, Madrid, 1982, p. 190, «[el] derecho del apelado a adherirse a la apelación de su contrario, para obtener a su vez una modificación de los puntos de la sentencia que de alguna manera le resultasen gravosos, no aparece recogido en ninguno de los textos históricos castellanos. Apareció y se desarrolló, sin embargo, en la práctica procesal, probablemente por influencia de la literatura jurídica, desde la recepción del Derecho Común, y fue finalmente recogida por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento de 1855». Nuestro primer código procesal republicano (el de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852) preveía la adhesión en su art. 1666 («El colitigante tiene derecho de adherirse a la apelación, para que el superior enmiende el auto ó sentencia, en la parte ó partes que le perjudiquen»). La disposición muy probablemente se inspira en las tesis del Conde de la Cañada (expuestas en sus famosas *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarias como extraordinarias*, Madrid, 1794) cual derecho del apelado a obtener una modificación de la sentencia a su favor, independiente de la apelación principal y cuya actuación no puede estar restringida por ésta (sobre la concepción de la adhesión a la apelación del Conde de la Cañada

y pronunciarse sobre un extremo de la controversia resuelta por el *a quo* en la sentencia se requiere necesariamente de la iniciativa de parte, cual, como ya indicado, expresa manifestación del principio dispositivo en el ámbito impugnatorio.

Y tal iniciativa puede suscitarse en dos momentos: *a)* el ordinario, es decir, dentro del plazo establecido por la ley para el planteamiento de la apelación; o *b)* después de su vencimiento, justamente, *adhiriéndose* a la apelación de la contraparte. En el primer caso, tendremos una apelación en vía principal; en el segundo tendremos una apelación en vía incidental que, sin embargo, tiene una cierta autonomía frente a la principal (art. 373 CPC¹⁸).

La explicación que suele darse a la existencia de la figura de la adhesión a la apelación del contrario, está en el plano del *interés*: la parte parcialmente vencida estaría dispuesta a consentir el contenido desfavorable de lo decidido (de allí que no apele en vía principal) a condición de la otra también consienta; la apelación del contrario le «reactiva» el interés en obtener una sentencia para sí más favorable¹⁹. En

cfr. LORETO, *op. cit.*, p. 671 y ss; así como AIKIN ARALUCE, *ob. cit.*, p. 194 y s.). El CPC de 1912, más escuetamente, la preveía en su art. 1091 («*El colitigante puede adherirse a la apelación en primera instancia ó ante el superior mientras no se haya resuelto la alzada*»). Cabe señalar que nuestra apelación adhesiva (y la de todos los ordenamientos latinoamericanos) corresponde a la «impugnación incidental tardía» del art. 334 del *Codice di procedura civile* italiano de 1940. En la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000 (LEC 2000) la «vieja» apelación adhesiva ha sido rebautizada con el (anodino) nombre de «impugnación» (art. 461).

¹⁸ El último párrafo del art. 373 CPC indica que «el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión». Con ello se ha dotado de (una cierta) «autonomía» a la apelación adhesiva frente a la apelación principal. Su *ratio* parecería ser la de evitar que el apelante principal frente a la adhesión del contrario, se desista de su recurso solo para que *ad quem* no entre al análisis del extremo de la sentencia de primera instancia que le era favorable. Sin embargo, surge la pregunta del qué ocurra si el juez *ad quem* declara la nulidad del concesorio de la apelación (*ex* último párrafo del art. 367 CPC) por considerar que se ha incumplido con los requisitos de admisibilidad (los insubsanables, p.ej., que se haya interpuesto fuera de plazo, o por no subsanación oportuna de los subsanables) o de procedencia. Si bien el problema no se pone tratándose de la apelación de las sentencias emitidas en los procesos cuya primera instancia se haya desenvuelto bajo las reglas de los procesos de conocimiento o abreviados, por cuanto el control sobre tales «requisitos» debería preceder al «traslado del escrito de apelación», sí es relevante respecto de la apelación de las sentencias emitidas en los «demás» procesos, en donde la adhesión debe producirse ante el propio juez *a quo* (art. 376 CPC). Hay que tener presente que la «adhesión» es una apelación extemporánea cuyo presupuesto habilitante es el válido planteamiento de la apelación en vía principal, por lo que predicar su *total* autonomía es un tanto exagerado. En tal sentido, si la apelación principal es declarada inadmisibile o improcedente por el juez *ad quem*, en mi concepto, tal declaración arrastra también a la adhesión, con la consecuencia de que la sentencia de primera instancia, en su integridad, quedará firme. Así se pronuncia LAMA MORE, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁹ La explicación tiene un corazón antiguo. La expresaba ya el Conde de la Cañada en 1794: «no puede presuponerse que la parte que no apela de la sentencia en algún artículo que le perjudica, consiente en lo juzgado. Por el contrario, debe entenderse que únicamente decide aceptar el perjuicio, a fin de conformar «el espíritu de las leyes que desean brevedad y fenecimiento de los pleitos». Al apelar su adversario, su intención se ve frustrada y «no sería justo el que quedase engañada y expuesta a perder lo favorable que había logrado en la sentencia y que no pudiese mejorarla» (así, en síntesis, AIKIN ARALUCE, *ob. cit.*, p. 194). Tal es igualmente la explicación de Bigot de Préameneu expresada en la Exposición de motivos del Código napoleónico de 1806: «Los plazos para la apelación han sido limitados para que la suerte de aquel contra quien puede ser interpuesta no quede por mucho tiempo incierta. Esos plazos fijados contra el apelante ya no pueden considerarse a su favor desde que al apelar, cuestiona lo decidido. Desde ese momento el derecho recíproco de apelación es, para la parte apelada, durante este nuevo combate judicial, solamente un derecho de legítima defensa. Esta defensa no podría impedirle aunque, a pesar de haber sido notificado, no formule cuestionamiento [*protestation*]. Es el propio apelante quien, por el hecho de apelar, cambia la posición y el interés de su adversario. Por lo común, los respectivos derechos de las partes han sido justamente equilibrados por vencimientos recíprocos. El apelado que ha sido notificado sin formular cuestionamiento podría estar dispuesto a respetar la decisión de los primeros jueces, pero cuando por la apelación se rompe el

el ejemplo dado en el apartado anterior: el demandado estaría dispuesto a pagar 90 (pese a que considera que el juez ha errado en el cómputo de lo debido por capital), siempre que los intereses se hagan correr desde la notificación de la demanda; pero apelada la sentencia por el demandante en el extremo referido al momento del cómputo de los intereses, le «reactiva» el interés en hacer valer el que deba de menos, en particular porque él alegó (y probó) en primera instancia haber hecho pagos parciales aceptados por el acreedor, pagos que fueron imputados (no del todo correctamente) en la sentencia conforme a las reglas del art. 1257 CC. El demandado con la adhesión a la apelación del actor, extiende así el ámbito del conocimiento del juez *ad quem* al *quantum* debido por capital, que de otra forma no podría ya ser apreciado.

4. *Sigue*. Límites objetivos

Respecto a la adhesión a la apelación del contrario, en la praxis se ha presentado una duda: ¿tiene algún límite objetivo? ¿La adhesión tiene que estar referida al extremo apelado o por lo menos (como en el ejemplo) debe tener directa conexión con él? La duda es pertinente, porque cuando no se apela una sentencia queda consentida, por lo que de tener varios extremos o partes, las no impugnadas quedarían firmes. De allí que parecería sensato interpretar que el apelado sólo pudiera adherirse a la apelación de su contraparte en cuanto a lo desfavorable del extremo impugnado y no de otros²⁰. Tal es la posición de algunos de nuestros jueces de apelación. Recientemente la Corte Suprema ha considerado que no existe tal límite y que la apelación del contrario reabre al apelado la posibilidad de impugnar

equilibrio, la justicia exige, para garantizarla, que el apelado pueda emplear el mismo medio» (cit., en francés, por LIEBMAN, *Arbitrarie limitazioni all'impugnazione incidentale tardiva*, cit., p. 577 y s. Agradezco a mi colega y amiga Luz Monge por la ayuda en la traducción del pasaje de Bigot). Sobre el tema del interés para impugnar en vía incidental tardía cfr., ampliamente, RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Jovene, Napoli, 1996, p. 156 y ss., en donde se reseñan las diversas posiciones de la doctrina y jurisprudencia italiana sobre el agustioso tema.

²⁰ Tal límite objetivo es el que ha agitado a la doctrina y jurisprudencia italiana por treinta años, es decir desde que la Corte de Apelación de Nápoles con una sentencia de 1958 (cfr. en *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 488 y ss.) declaró inadmisibile una impugnación incidental tardía porque planteada contra un extremo de la sentencia distinto de aquél contra el cual se había planteado la impugnación principal. Tal posición restrictiva de la jurisprudencia, avalada por cierto sector de la doctrina, (comenzando por SATTÀ, para quien «la impugnación incidental encuentra su límite objetivo en la impugnación principal. Éste debe mantenerse en la órbita de la impugnación, y por tanto de las demandas del apelante. Ello vale sobre todo para la impugnación incidental tardía, que no puede ser aprovechada para plantear impugnaciones autónomas, no planteadas dentro del plazo»: así en *Impugnazioni*, en *Enciclopedia del diritto*, XX, Giuffré, Milano, 1970, p. 699) y rechazada por la mayoría (cfr. CARPI, *Note sui limiti di applicazione dell'impugnazione incidentale tardiva*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1966, p. 711 y ss., pero sobre todo por LIEBMAN, *Arbitrarie limitazioni all'impugnazione incidentale tardiva*, cit., p. 576 para quien «las limitaciones que se quieren aportar a la aplicación del segundo párrafo del art. 334 son pues arbitrarias y son el fruto de la ilícita intromisión, en la interpretación de la norma, de un preconcepto ajeno a la ley y a la tradición histórica que, en su agitado desarrollo, ha concretamente modelado la figura de la impugnación incidental»), llegó a su término con la sentencia N° 4640 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación de 1989 (sobre la cual cfr. GUARNIERI, *Le S.U. abbattono il muro dei limiti oggettivi sulle impugnazioni incidentali tardive*, en *Rivista di diritto processuale*, 1991, p. 583 y ss.), en la cual, haciendo eco de los reclamos de la doctrina y de pronunciamientos previos de las Secciones simples de la Corte de Casación, reconoció la ausencia de tales límites. Un cuadro de conjunto sobre la evolución jurisprudencial sobre el tema puede verse en GASBARRINI, *Nuove tendenze in tema di limiti oggettivi dell'impugnazione incidentale tardiva*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 321 y ss., así como LATELLA, *L'impugnazione incidentale tardiva*, en *Rivista di diritto processuale*, 1994, p. 833 y ss.

con su adhesión cualquier extremo de la sentencia que le sea desfavorable²¹. Si ello es así, para que una sentencia que ha sido apelada en parte se considere consentida en lo demás, hay que esperar que pase el momento para que el contrario se pueda adherir a la apelación planteada en vía principal²².

5. *Sigue. Límites subjetivos*

Por lo que atañe al ámbito subjetivo, la ley parece admitir la apelación adhesiva solo al «apelado», es decir, a la parte (parcialmente) favorecida con la resolución apelada²³. Lo evidencia, por un lado, la frase «la otra parte» del art. 370 CPC y, por el otro, el que la adhesión deba producirse al momento de la de absolución de la apelación.

Ello excluye la posibilidad de «adhesión» de un litisconsorte no necesario (o sea, facultativo) del que apeló. Por tanto, en el caso de acumulación subjetiva de pretensiones (art. 86 CPC), dada la autonomía de la que gozan los litisconsortes facultativos en sus posiciones procesales (art. 94 CPC), cada litisconsorte deberá apelar en vía principal lo que les resulte desfavorable en la sentencia, no pudiendo, a plazo de apelación vencido «subirse al carro» de la apelación de su «autónomo» consorte²⁴. Por lo que atañe a los litisconsortes necesarios, dado que la apelación de uno favorece a todos (art. 94, *contrario sensu*, CPC), el problema ni se plantea²⁵.

²¹ Así en la Cas. N° 1066-LIMA, del 08/08/2007, publicada en *El Peruano*, el 2/10/2007 y en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 121, octubre 2008, p. 176 y ss. En el caso se había demandado la declaración de nulidad de un contrato, cancelación de asientos registrales e indemnización. Además se había demandado como «alternativa» la anulación del contrato. En primera instancia el juez había declarado fundada la demanda en cuanto a la declaración de nulidad y cancelación de asientos, improcedente la «alternativa» de anulación e infundada la demanda indemnizatoria. Solo el demandante apeló oportunamente respecto del extremo indemnizatorio. Ante el *ad quem* el demandado se adhirió a la apelación impugnando los extremos relativos a la declaración de nulidad y cancelación de asientos. La sentencia de apelación confirma la apelada y «no por omisión, sino por actuación deliberada» (así, en el considerando octavo de la sentencia de casación) no se pronuncia sobre lo impugnado por el apelado en cuanto «la adhesión debe limitarse a lo que se impugna en el recurso al cual se adhiere» (*id.*). La Suprema, como indicado en el texto, rechaza esta concepción limitada en cuanto «la ley concede mediante la adhesión una nueva oportunidad a la parte que ha sido vencida parcialmente o que ha vencido parcialmente, que no apeló de la sentencia del a quo pero su parte contraria sí, de cuestionar también la sentencia apelada en los extremos que la agravian y que lógicamente difieren de los del impugnante; lo que significa que la Sala Revisora está en la obligación de pronunciarse no solo de los agravios expuestos por el impugnante sino también los introducidos por el adherente», por lo que estimó el recurso y dispuso que la Sala Superior emita nuevo fallo.

²² En ese sentido señala RASCIO, *ob. cit.*, p. 163 que «la cosa juzgada sobre todos los extremos no impugnados se forma, simultáneamente, solo en el momento en el cual resulta precluida la última iniciativa planteable en vía incidental oportuna o tardía contra la decisión».

²³ En ese sentido, LAMA MORE, *ob. cit.*, p. 92.

²⁴ Distinto es el caso en el que interpuesta una demanda contra varios deudores solidarios, en primera instancia no se condene a todos a cumplir. Si solo uno apela, me parece, que a los demás le sea aplicable el efecto expansivo favorable de la sentencia firme *ex* segundo párrafo del art. 1193 CC («Las sentencia pronunciada en el juicio seguido entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no surte efecto contra los demás codeudores o coacreedores, respectivamente.// Sin embargo, los otros acreedores pueden oponerla al acreedor, salvo que se fundamente en las relaciones personales del deudor que litigó. A su turno, los demás acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos»). El tema de si la sentencia de apelación (de quedar firme) pueda aprovechar (nunca perjudicar) a un acreedor o deudor solidario que fue parte en la primera instancia pero que no apeló merecería un análisis profundo. Yo, *prima facie*, como indicado, propendo hacia la solución afirmativa. En el derecho italiano, cuyo art. 1306 CC es idéntico a nuestro art. 1193 CC (*rectius*, el nuestro es idéntico al de aquél), la tesis dominante es que la eficacia *ultra partes* de la sentencia firme favorable obtenida

6. Acumulación eventual «propia», efecto devolutivo y adhesión a la apelación

Un particular caso de adhesión a la apelación se puede presentar cuando habiéndose planteado una o varias pretensiones subordinadas a una principal (o sea, en el caso de la llamada acumulación eventual «propia» del art. 87 CPC), el juez *a quo* desestime la principal y estime una de las subordinadas. Careciendo el actor (o el reconviniente) de interés para apelar en vía principal (pues la sentencia le es favorable²⁶), si el demandado (o el actor en el caso de reconvencción) apela, el efecto devolutivo se circunscribirá al extremo apelado. La apelación del contrario, abriendo la posibilidad de la emisión de una decisión desfavorable al actor (o al reconviniente), le reabre el interés de que se reponga en juicio ante el *ad quem* su pretensión principal (desestimada), por lo que cabe su adhesión a la apelación del vencido en primera instancia. Con ello, el *ad quem* viene colocado en la misma exacta posición del *a quo* respecto de la integridad de la *res in iudicium deducta*, es decir tendremos un *efecto devolutivo pleno*²⁷.

7. Poder de integración del *ad quem* sobre los «extremos» faltos de pronunciamiento. La omisión de pronunciamiento entre el CPC de 1912 y el CPC vigente

El art. 370 CPC, tras establecer la prohibición de la *reformatio in peius*, y con un extraño «sin embargo», dispone que el juez *ad quem* «puede integrar la resolución

por un codeudor solidario no sea invocable por otro codeudor que fue parte en primera instancia, más no apeló. Sobre el tema cfr. BALENA, *Cause scindibili e impugnazione incidentale tardiva*, en *Il giusto processo civile*, 2008, p. 436 y ss., especialmente p. 440 y ss. y nota 13. En el mismo supuesto, la limitación subjetiva indicada en el texto, no se aplica al demandante que no haya apelado los extremos desfavorables de la sentencia (o sea en la parte que absuelve a los otros demandados), pues la apelación del deudor condenado, exponiendo al demandante (único) a la posibilidad de vencimiento total, le reactiva el interés de apelar por la vía de la adhesión la sentencia en los extremos desfavorables.

²⁵ Hay que recordar que tanto el Código de 1852 (arts. 1643-1644) como el de 1912 (art. 1092) expresamente preveían que en el caso de los que hoy llamamos (chiovendianamente) litisconsorcio necesario (o sea, cuando hubieran «varias personas interesadas en el juicio sobre un derecho común»), bastaba la apelación de una para que aprovechara a todo el «grupo», con la única exigencia de que se notificara a todos la existencia de la apelación (el CPC de 1912, agregó la adhesión). Tal disposición ha desaparecido en el CPC de 1993 y para llegar a su solución hay que estar a las esencias de «comunidad de suerte» propia de un litisconsorcio necesario.

²⁶ Lo que digo en el texto es, lo admito, discutible. De hecho la gran mayoría de la doctrina estima que en el caso de acumulación «eventual», la desestimación de la pretensión planteada como principal y la estimación de la subordinada, le da al demandante suficiente interés para impugnar. De ello se hace eco MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 92, nota 166, para quien «[en] el caso de que el actor realice en la demanda una acumulación subsidiaria de pretensiones (llamada también eventual propia), conforme a la cual interpone varias pretensiones (contra el mismo o contra varios demandados), pero no pide la estimación de todas ellas, sino sólo contra una, si bien conforme a un orden de preferencia que especifica debe concluirse que la desestimación de la primera y la estimación de la segunda o posteriores sí supone un gravamen». La tesis podría admitirse, pero hay que tener en cuenta que desde el momento que el actor plantea sus subordinadas para la *eventualidad* de que la principal sea desestimada, él mismo está considerando que la estimación de éstas le otorga una igual (o similar) satisfacción a su interés sustancial. En tal sentido, es más razonable considerar que el interés para impugnar del extremo desestimado surja con ocasión de la impugnación de su contrario (en cuanto existe el riesgo de vencimiento total).

²⁷ Sobre el tema (y problema) que se presenta cuando el juez *a quo*, en un proceso con acumulación «condicional» de pretensiones, no se haya pronunciado sobre las condicionadas, por haber estimado (en la acumulación subordinada) o desestimado (en la acumulación accesoría) la pretensión principal, regresaré *infra*, n. 9.

apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa». ¿Significa acaso que en estos supuestos sí sería legítima una *reformatio in peius*? Podemos tener la certeza que no y que más bien lo que ha querido simplemente establecerse — a estar a la sumilla del artículo— es que el juez *ad quem* tiene la competencia (o sea el poder) de «integrar la resolución apelada» (o sea de pronunciarse) respecto de aquellos extremos que hayan sido solo formalmente omitidos en el fallo por el *a quo*, en cuanto en su parte considerativa esté el sentido del fallo (formalmente) omitido y como tal haya sido objeto de expresa impugnación.

Pero para sustentar lo dicho hay que ponernos en contexto. Y el contexto es el de un proceso con objeto múltiple, vale decir, un proceso en que existan acumuladas más de una pretensión.

Pues bien, todo fenómeno acumulativo conlleva un riesgo: que al momento de resolver, el juez *a quo* no se pronuncie sobre todo lo que se tenga que pronunciar, verificándose así un vicio que solemos encuadrar como de incongruencia por omisión (o por defecto)²⁸, cuyas consecuencias pueden variar en función de ciertas «opciones» de fondo que adopte el legislador.

Así, el CPC de 1912, pese a que en el segundo párrafo de su art. 1078 permitía a las partes que dentro del día siguiente de notificadas pudieran pedirle «por escrito o verbalmente» al juez «suplir cualquiera omisión que [hubiera] incurrido acerca de los puntos discutidos»²⁹, era muy drástico frente a una omisión de pronunciamiento en cuanto establecía que la «sentencia o auto que no [hubiera resuelto] alguno ó algunos de los puntos controvertidos» era nula (inc. 10 del art. 1085) y ese vicio de nulidad (como todos los otros) era apreciable de oficio por las «cortes y juzgados», «aunque la parte agraviada no [hubiera] reclamado, siempre que no [constara] que [había renunciado] expresamente su derecho» (art. 1087).

La disposición, que respondía al derecho que tenían (y tienen) las partes a que toda pretensión (o cuestión incidental) fuera resuelta expresamente por el juez de la causa, pero que no extraía las debidas consecuencias del poder de las partes de pedir ante el propio juez emisor el que completara su pronunciamiento, durante la larga vida del cesado Código, fue fuente (dicho a la española) de «dilaciones indebidas», en cuanto bastaba que el juez *a quo* hubiera omitido resolver, durante el

²⁸ Sobre la incongruencia «por defecto» y su configuración como vicio *in procedendo*, cfr. mi *Omisión de pronunciamiento en la sentencia de apelación y casación con reenvío*, en *Problemas del proceso civil*, cit., p. 257 y ss.. V., además, mi *La nulidad de la sentencia por omisión de pronunciamiento: un viejo vicio que se resiste a desaparecer*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 83, Agosto 2005, p. 185 y ss., en donde retomo críticamente el tema.

²⁹ Ello ya estaba previsto bajo el nombre de «ampliación» en el inc. 2° del art. 1628 del Código de 1852, que le permitía al juez, a pedido de parte, «ampliar» su fallo tanto si había omitido resolver algún punto controvertido en juicio como si había incurrido en omisión en «la condenación en frutos ó costas» (así art. 1630). Hay que recordar que el juez—siempre a pedido de parte— también podía «modificar» su fallo, si se había excedido «en la cantidad ó en la cosa pedida» o si había incurrido en «exceso o gravamen en el modo y tiempo de cumplir lo resuelto» (así art. 1631). Por su lado, el inc. 9 del art. 1649 señalaba que era nula la sentencia «que resuelve sobre punto no demandado ó no controvertido entre las partes». *Ergo*, en el Código de 1852 tanto la omisión de pronunciamiento como la ultra petición se podían remediar ante el propio juez que había cometido el exceso o la omisión. En cambio, la extra petición era sí considerada un vicio que determinaba la nulidad de la sentencia y como tal tenía que hacerse valer a través de la apelación *ex* art. 1650 («La parte contra quien se hubiese pronunciado por un juez de primera instancia, una sentencia nula, puede apelar ante el superior y decir de nulidad en el mismo pedimento»).

iter procesal o en la propia sentencia, un pequeño «incidente» o «artículo» (p.e., un pedido de nulidad, una tacha, una excepción), para que, si advertido por los jueces de apelación o, sobre todo, por la Corte Suprema, se declarara nulo todo lo actuado, con remisión al primer juez a los efectos de que se pronunciara sobre el «punto» omitido.

A fin de evitar este patológico fenómeno³⁰, en 1977, el legislador reaccionó. Es así que a través del D.L. 21773, sin modificar el texto del inc. 10° del art. 1085 del CPC entonces vigente, le agregó al art. 1086 un párrafo, con el siguiente tenor:

«Los jueces podrán completar la resolución recurrida en la que se haya omitido pronunciamiento sobre alguno de los puntos controvertidos o sobre incidentes que debieron ser resueltos. Asimismo podrán dejar sin efecto el pronunciamiento sobre cuestiones no demandadas ni controvertidas, sin anular la sentencia».

Pero no solo, pues al modificar el texto del art. 1087 estableció que el juez podía declarar de oficio (o a pedido de parte) la nulidad solo en los supuestos de los incs. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12 y 13 del art. 1085 (es decir, ya no en los supuestos previstos en los inc. 9 y 10, o sea por extra-ultra petición y omisión de pronunciamiento), agregando que «la nulidad fundada en otras causales (o sea las de los incs. 9° y 10° del art. 1085) sólo [sería] admitida si se formula en la instancia respectiva y dentro de tercero día de conocida por la parte que la deduce».

Ergo, a partir de la vigencia del D.L. 21773, ningún juez de impugnación habría podido declarar (de oficio) la nulidad de una sentencia, ni por extra-ultra petición ni por omisión de pronunciamiento, a lo más podía «completar» lo omitido o «dejar sin efecto» lo que sobraba.

Así las cosas, en 1981, a través del D. Leg. 127, los arts. 1086 y 1087 del viejo Código, fueron retocados. Pero esta vez se produce una involución «pro-nulidad», que se plasmó en el siguiente texto del último párrafo del art. 1086:

«Los jueces podrán completar la resolución recurrida en la que se haya omitido pronunciamiento sobre alguno o algunos puntos principales que hayan sido suficientemente apreciados en la parte considerativa. También podrán hacerlo cuando se haya omitido pronunciamientos sobre puntos accesorios o incidentales que debieron ser resueltos».

Por su parte el art. 1087 prácticamente es regresado al texto que originalmente tenía el CPC de 1912, es decir, sin limitar el poder de anular de oficio las sentencias o autos (y reponer el proceso al «estado en que se cometió el vicio»), como sí se hizo en 1977.

Como consecuencia, si bien en 1981 se mantuvo el poder de los jueces de «completar la resolución recurrida» en los extremos no resueltos, tal poder podía ser ejercido en tanto y en cuanto la parte considerativa de la resolución hubiera «suficientemente» apreciado los «puntos» no expresamente resueltos. *Ergo*, si se

³⁰ El fenómeno era realmente patológico pues cuando un ordenamiento permite a las partes remediar la omisión de pronunciamiento ante el propio juez que emitió la resolución, la consecuencia debe ser que de no formularse oportunamente la petición —como se dirá *infra* en el texto— lo omitido quede ya fuera de la *res in iudicium deducta* y no el que la resolución sea considerada nula.

consideraba que la motivación no era «suficiente» bien se podía anular, reabriéndose así la posibilidad de recaer en la patología de la remisión al primer juez por omisión de pronunciamiento.

Si bien se piensa, el reformador procesal de 1977 había embocado la vía correcta para evitar las recurrentes «reposiciones» de la causa al estado en que se había cometido el vicio de *extra-ultra* petición y de omisión de pronunciamiento: el primero se subsanaba «dejando sin efecto» (o sea, anulando) el exceso; el segundo «completando» los extremos no resueltos. Lo que (visto a la distancia) no está claro es si el poder de anular el exceso o de completar la omisión de la «resolución recurrida» podía o no ejercitarse de oficio por el juez del recurso, pues los vicios de nulidad de los inc. 9 y 10 del art. 1085 del viejo Código, por expresa previsión de su modificado art. 1087, resultaban ya no ser apreciables de oficio y requerían que una de las partes hubiera pedido la nulidad «en la instancia respectiva» (en el plazo de tres días de conocida).

8. *Sigue*. «Integración» por el *a quo* e «integración» por el *ad quem*

La incierta «situación» de la resolución «incompleta» en su fallo (nula pero «completable» por el juez del recurso) no ha sido aclarada por el CPC de 1993, que, en buena cuenta, palabras más, palabras menos, ha reproducido la regulación preexistente (en particular la debida al D. Leg. 127).

En efecto, mientras por un lado, el Código indica que las resoluciones deben contener «la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de *todos* los puntos controvertidos» (inc. 4º del art. 122 CPC) y que si no se cumple con ese requisitos (y todos los otros), la resolución (si auto o sentencia) «será nula» (segundo párrafo del mismo art. 122 CPC), por el otro, en el supuesto en el que el juez *a quo* haya omitido pronunciamiento sobre «algún punto principal o accesorio» le ha seguido dando a las partes, tanto en el penúltimo párrafo del art. 172 como en el segundo del art. 407 CPC —*id est* «por partida doble»—, la posibilidad de pedirle, dentro del plazo para apelar, la «integración» de la resolución incompleta.

A la par, el último párrafo del art. 172 le ha seguido dando al «juez superior» el poder de «integrar la resolución recurrida» en los extremos de la controversia faltos de pronunciamiento.

De allí que no esté para nada claro si el poder de «integración» de la resolución incompleta atribuido por el art. 172 CPC al «juez superior» supla o no *ex officio* los pedidos de integración no planteados oportunamente por las partes.

La duda viene suscitada justamente por el art. 370 CPC que, como ya indicado, señala que el juez *ad quem* «puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria» solo «si la fundamentación aparece en la parte considerativa».

La «precisión» del art. 370 puede llevar a considerar que el «poder integrador» del *ad quem* solo puede ser ejercitado cuando efectivamente de la parte considerativa de la resolución impugnada exista la fundamentación (y como tal de ella se aprecie cuál habría sido el sentido de la decisión de no haberse formalmente omitido en el fallo), con la consecuencia de que de no existir tal fundamentación no habría más

opción que declarar la nulidad de la resolución y la remisión al *a quo* para que él la complete (*rectius*, para que emita una nueva completa)³¹.

Sin embargo, no creo que cuando la resolución apelada ni haya resuelto ni haya examinado (en su parte considerativa) una (o varias) de las pretensiones acumuladas, la nulidad de la primera sentencia sea inexorable. Y ello por cuanto si la resolución apelada no se pronunció sobre todas las pretensiones acumuladas, pues allí lo que hay es simplemente un «no juzgamiento». Si ninguna de las partes pide la integración ante el propio juez *a quo* ya sea conforme a lo previsto en el art. 172 CPC o en el art. 407 CPC, y una (o ambas) apela de la resolución en las partes (o extremos) del fallo que les son desfavorables, el *ad quem* tendrá solo el poder de conocer y pronunciarse sobre los extremos efectivamente impugnados (*tantum devolutum quantum appellatum*), sin que éste tenga el poder ni de pronunciarse sobre los omitidos, ni mucho menos, para anular la resolución a fin de que el *a quo* emita una nueva, esta vez «completa», con la consecuencia que el extremo no resuelto habrá dejado de ser parte del objeto del proceso y, habiendo cesado ya, como consecuencia, la litispendencia, quien haya planteado la pretensión podrá ulteriormente volver a demandar, si así quiere (sin que pueda considerarse que sobre ella haya *res iudicata*)³².

Interpretar lo contrario, es decir, que en los supuestos de acumulación de pretensiones, la omisión de pronunciamiento sobre alguna de ellas, si «detectada» (por lo general de oficio) por el juez *ad quem*, conduzca inexorablemente a la nulidad de la resolución con remisión del proceso al primer juez, es regresar a aquella (equivocada) consecuencia a que conducían los textos originales de los arts. 1085 y 1087 del CPC de 1912, que es lo que se trató de erradicar con la reforma de 1977 y es (me parece) lo que también se quiere con la previsión del art. 172 CPC, que no por nada consagra los supuestos en los que pese a que existen vicios de nulidad, ésta no se produce.

En tal sentido, frente al silencio (total) de la resolución sobre uno de los extremos (o «puntos») de la controversia, la parte interesada *tendrá* que pedir, *ex* penúltimo párrafo del art. 172 o segundo del art. 407 CPC, la integración ante el propio juez que la emitió. Si no la pide, el extremo no resuelto sale de la *res in iudicium deducta*³³.

³¹ Eso es lo que sostuve (con mucha duda) en mi *Omisión de pronunciamiento en la sentencia de apelación y casación con reenvío*, cit., p. 265, y, repensando, descarté en mi *La nulidad de la sentencia por omisión de pronunciamiento: un viejo vicio que se resiste a desaparecer*, cit., p. 193 y s.

³² Tal fue la tesis —contra la opinión de su maestro Carnelutti— del último escrito de CRISTOFOLINI, *Omissione di pronunzia*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, I, p. 96 y ss.; ya durante la vigencia del Código de 1940, la sostuvieron también CALVOSA, *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 225 y ss. y LASERRA, *Omissione parziale di pronuncia*, en *Rivista di diritto processuale*, 1960, p. 516 y ss. Sobre la omisión de pronunciamiento, más recientemente, cfr. LASAGNO, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia*, en *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 449 y ss. así como RASCIO, *Oggetto dell'appello civile*, cit., p. 166 y ss.

³³ Por tanto, reitero lo que sostuve en mi *La nulidad de la sentencia por omisión de pronunciamiento: un viejo vicio que se resiste a desaparecer*, cit., p. 194, en el sentido de que de no formularse el pedido de integración el extremo omitido sale de la *res in iudicium deducta*, corrigiendo así lo que sostuve en mi *Omisión de pronunciamiento en la sentencia de apelación y casación con reenvío*, cit., p. 255, en donde consideré que el pedido de integración y la apelación eran dos vías concurrentes y alternativas para remediar la omisión de pronunciamiento. Distinta es, por cierto, la solución del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino, en cuyo art. 278 se

En cambio, si de la parte considerativa de la resolución se desprende el sentido del fallo, se estará ante un fallo formalmente implícito, frente al cual cualquiera de las partes podrá pedir expresamente su integración al juez *a quo*, pero también la parte, dando por estimado o desestimado el extremo, podrá apelar respecto de él, invistiendo así al juez *ad quem* de la competencia (o sea del poder) de conocer y pronunciarse sobre aquello.

Por tanto, desde el momento que nuestro ordenamiento contempla el medio específico para remediar ante el propio juez *a quo* la omisión (parcial) de pronunciamiento (*ex* penúltimo párrafo del art. 172 o segundo párrafo del art. 407 CPC), el llamado «poder de integrar» del juez *ad quem*, en mi concepto, se resuelve en el poder de conocer y de pronunciarse *solo* sobre los extremos de la controversia *formalmente* omitidos en la parte resolutive de la resolución apelada, siempre que tales «extremos» *hayan sido objeto de explícita impugnación*, rigiendo también en tales casos la prohibición de la *reformatio in peius*, pues a lo más se hará explícito lo que en la sentencia del *a quo*, estaba implícito (lo que no es *reformatio in peius*, sino dejar las cosas, a fin de cuentas, igual)³⁴.

establece expresamente que «El tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios». *Ergo*, en el derecho argentino frente a la omisión de pronunciamiento concurren como remedios la aclaratoria (inc. 2 del art. 166) y la apelación, sin que la no promoción de la primera produzca preclusión alguna. En el derecho uruguayo existe una similar solución, en cuanto el art. 257.3 de su Código General del Proceso establece que «El Tribunal podrá decidir sobre puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubieran deducido los recursos previstos por el artículo 244 [aclaración y ampliación], siempre que en los agravios se solicitare el respectivo pronunciamiento». Por su lado, la LEC 2000 ha expresamente previsto la posibilidad de que, a pedido de parte (art. 215.2) o de oficio (art. 215.3), el propio tribunal *a quo* complete la sentencia o auto que haya omitido pronunciamiento sobre pretensiones oportunamente deducidas y sustentadas en el proceso. Sobre el particular se lee en la Exposición de Motivos de la LEC: «En el Capítulo relativo a las *resoluciones judiciales*, destacan como innovaciones las relativas a su invariabilidad, aclaración y corrección. Se incrementa la seguridad jurídica al perfilar adecuadamente los casos en que éstas dos últimas proceden y se introduce un instrumento para subsanar rápidamente, de oficio o a instancia de parte, las manifiestas omisiones de pronunciamiento, completando las sentencias en que, por error, se hayan cometido tales omisiones. // La ley regula este nuevo instituto con la precisión necesaria para que no se abuse de él y es de notar, por otra parte, que el precepto sobre forma y contenido de las sentencias aumenta la exigencia de cuidado en la parte dispositiva, disponiendo que en ésta se hagan todos los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes sin permitir los pronunciamientos tácitos con frecuencia envueltos hasta ahora en los fundamentos jurídicos. // De este modo, no será preciso forzar el mecanismo del denominado ‘recurso de aclaración’ y *podrán evitarse recursos ordinarios y extraordinarios fundados en incongruencia por omisión de pronunciamiento*. Es claro, y claro queda en la ley, que este instituto en nada ataca a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la sentencia incompleta. Porque, de un lado, los pronunciamientos ya emitidos son, obviamente, firmes y, de otro, se prohíbe modificarlos, permitiendo sólo añadir los que se omitieron» (cursivas mías). Tanto en el ordenamiento alemán (§ 321 ZPO) como en el austriaco (§§ 423-424 ZPO) existe un semejante procedimiento de integración (*Ergänzung*) ante el juez *a quo*. Por tanto, en todos ellos (tal cual en nuestro Código de 1852, v. nota 29) la omisión de pronunciamiento se remedia ante el propio juez *a quo*. En el derecho italiano, no existiendo un procedimiento de integración ante el *a quo*, la omisión de pronunciamiento se remedia, si así lo pide la parte apelante, por el juez de apelación.

³⁴ Cabe aclarar que es muy distinta la situación cuando la omisión de pronunciamiento se produce en la sentencia de segunda instancia. En efecto, si bien no cabe duda de que el *ad quem* tal cual el juez *a quo*, puede también incurrir en omisión de pronunciamiento, las consecuencias son distintas, pues sobre el extremo omitido ya hay un juzgamiento (el del *a quo*). Hay que tener presente que la omisión de pronunciamiento en la sentencia de apelación se presenta no solo cuando el *ad quem* no se pronuncia sobre los todos extremos impugnados (ya sea con la apelación principal y/o con la adhesiva) de la sentencia de primera instancia, sino también cuando no se pronuncia sobre las cuestiones resueltas por el *a quo* mediante autos interlocutorios cuya apelación haya sido concedida «en la calidad de diferida» *ex* art. 369 CPC. En tales casos, a estar a lo dispuesto en el art. 378 CPC («Contra las sentencias de segunda instancia sólo proceden el pedido de

9. Efecto devolutivo y acumulación «condicional» de pretensiones

Parcialmente semejante (o, según se vea, parcialmente distinto) al de la omisión tratado en el apartado anterior, es el caso en el cual el juez *a quo* no se haya pronunciado sobre algunas de las pretensiones planteadas por las partes no por simple «descuido», sino por razones «lógico-jurídicas», en cuanto el pronunciamiento de fondo sobre tales pretensiones estaba «condicionado» a la desestimación o a la estimación de la pretensión calificada como «principal»³⁵.

aclaración y corrección...»), cualquiera de las partes podrá pedir *ex* segundo párrafo del art. 407 CPC que el juez *ad quem* «complete» (o «integre») los extremos faltos de fallo. Sin embargo, para las sentencias de apelación incompletas se presenta un problema: ¿cuál será el plazo para pedir la integración? Tratándose de una sentencia emitida por Sala Superior, en analogía con lo dispuesto en el quinto párrafo del art. 172 CPC, no debe haber duda: el plazo para pedir la integración será el establecido para la interposición del recurso de casación. En cambio, tratándose de sentencias expedidas por los Juzgados (de Paz Letrados o Especializados), el pedido de «corrección-integración» debe poder ser formulado por las partes hasta en tanto el expediente no sea devuelto al juez de origen (lo que según el art. 383 CPC debe ocurrir dentro de los diez días de resuelta la apelación). Pero, ¿qué ocurrirá si ninguna de las partes formula el pedido de integración? Nuevamente hay que distinguir entre dos situaciones: *a*) si la omisión atañe a lo que fue resuelto en un auto interlocutorio apelado diferidamente o a un extremo de la sentencia; y *b*) si la sentencia ha sido emitida por un Juzgado (de Paz Letrado o Especializado) o por una Sala Superior. Pues bien, respecto a lo primero: si la omisión atañe a lo que fue resuelto por el *a quo* en un auto interlocutorio que fuera apelado diferidamente, podemos tener la certeza de que tales cuestiones quedaron absorbidas por la decisión de fondo (es lo que sostuve en mi *Omisión de pronunciamiento en la sentencia de apelación y casación con reenvío*, cit., p. 267 y ss.). En cambio, si el no pronunciamiento se refiere a un extremo impugnado de la sentencia de primera instancia, surge la duda de si podemos considerar que, tal cual como sostenido en el texto, tal extremo se deba considerar no juzgado o, más bien, lo correcto sea considerar que el pronunciamiento contenido en la sentencia de primera instancia ha quedado firme. En mi concepto ocurre lo segundo (en ese sentido señala RASCIO, *ob. cit.*, p. 169, que «cuando es el juez de apelación el que omite pronunciarse sobre una de las demandas objeto de decisión en la precedente fase del juicio, la cesación de la litispendencia por no impugnación no determina el replanteamiento de la demanda, sino el paso en cosa juzgada del extremo correspondiente, contenido en la primera decisión y nunca sustituido o rescindido»). Respecto a lo segundo: si la sentencia ha sido dictada por un Juzgado (de Paz Letrado o Especializado), no habiendo más recursos disponibles no se plantea ningún problema: la primera sentencia firme ya, adquiere la autoridad de cosa juzgada *ex* art. art. 123 CPC. El problema, en cambio, sí se plantea respecto de las sentencias de las Cortes Superiores pues siendo ellas susceptibles de recurso de casación (inc. 1 del art. 387 CPC), el pedido de integración al propio juez *ad quem* y el recurso de casación en cierta medida «concurren». De allí que surjan una serie de preguntas: ¿la parte perjudicada con el extremo omitido, podrá fundar su recurso en la omisión de pronunciamiento sin que haya formulado un previo pedido de integración? Si el pedido de integración puede ser pedido por cualquiera de las partes y, contemporáneamente, una parte pide la integración y la otra recurre, ¿qué suerte corre el recurso si es que el juez *ad quem* integra los extremos faltantes? Las respuestas son difíciles de dar, por cuanto la ley parece no imponer a la parte perjudicada con la omisión de pronunciamiento (que en el caso debe ser la apelante principal o adhesiva) el pedir previamente la integración, pero el no pedirla me parece que produce una «convalidación tácita» *ex* tercer párrafo del art. 172 CPC, por lo que aquella mal podría fundar su recurso de casación en una omisión de pronunciamiento que bien podría haberse subsanado a instancia suya ante el propio juez *ad quem*. Por otro lado, me parecería realmente un derroche de energías (de todo tipo) el fundar el recurso de casación en la omisión de pronunciamiento, pues el único efecto que produciría su estimación sería el reenvío de la causa al juez *ad quem*, a fin de que esta vez se emita una sentencia «completa». Es decir, el mismo efecto que produciría el pedido de integración, con la ulterior posibilidad del planteamiento de otro recurso de casación por la misma parte o por la otra. De allí que, el pedido de integración más que una «alternativa» para la parte perjudicada con la omisión, me parece de forzoso planteamiento a los efectos de contar con interés para recurrir, según su resultado, en casación.

³⁵ Señala RONCO, *Studio sul litisconsorzio alternativo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 909, que «la combinación de más de una acción suele llamarse incondicionada cuando las partes plantean pretensiones que deben necesariamente ser todas conocidas y juzgadas por el fondo (...); y viceversa, condicionada cuando la cognición y la decisión de una o más de las demandas acumuladas viene pedida bajo el presupuesto de que una u otra de tales demandas (por lo general puesta en posición de prejudicialidad) sea decidida de una determinada manera».

Ello ocurre cuando habiéndose planteado una o varias pretensiones subordinadas a una principal, ésta última sea estimada, o cuando habiéndose planteado una o varias pretensiones accesorias de una principal, la principal sea desestimada; pero también cuando habiéndose planteado la pretensión (equivocamente) llamada de «aseguramiento de pretensión futura» del art. 104 CPC (léase, «pretensión de garantía» o, como en todas partes, «llamada en garantía»), la pretensión que motiva su planteamiento sea desestimada³⁶. En todos estos casos, el juez *a quo* —salvo incurrir en incongruencia procesal e incoherencia lógica³⁷— está en la *imposibilidad* de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones «condicionadas» (las subordinadas, las accesorias o la de «garantía»)³⁸.

De allí que apelada la sentencia, ¿tendrá el juez de apelación el poder para pronunciarse sobre las pretensiones «condicionadas» no decididas por el *a quo*? Así, si declarada fundada la pretensión principal en primera instancia, el *ad quem* revoca la decisión y la declara infundada, ¿deberá pronunciarse sobre la subordinada?; ¿deberá pronunciarse sobre las accesorias si revoca la primera sentencia, declarando fundada la principal?; ¿deberá pronunciarse sobre la «pretensión de garantía», si revoca la apelada que declaraba infundada la pretensión que motivó su planteamiento?

³⁶ Quizá sea bueno aclarar la figura del art. 104 CPC. Ella se presenta cuando una de las partes iniciales del proceso (por lo general, pero no solo, el demandado), en lugar de limitarse a hacer «denuncia de la litis» *ex* art. 102 CPC, plantea contra un tercero o una pretensión indemnizatoria «por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso» o una pretensión de repetición de lo que deberá «pagar en ejecución de sentencia».

Estos terceros son «garantes» de una de las partes por cuanto de ser una de ellas vencida en juicio tendrán que o indemnizarle, o pagarle o devolverle (total o parcialmente) lo que aquella hubiera pagado. Tal es caso típico del adquirente de un bien que se ve demandado en reivindicación por quien se dice verdadero propietario del bien, que de sufrir la evicción tendrá el derecho al «saneamiento» contra su enajenante (v. art. 1491 CC); del fiador (simple o solidario) que se ve demandado en lugar del deudor principal, que tiene derecho de repetición contra éste (v. art. 1890 CC); del codeudor solidario que de ser condenado a pagar al acreedor común, tendrá derecho de repetir lo que corresponda contra sus codeudores (v. art. 1203 CC); del cesionario de un derecho que en caso de perder por inexistencia o inexigibilidad del derecho que le fue cedido tendrá derecho a que de ello responda el cedente (v. art. 1212 CC); pero también es el caso del asegurado que demandado directamente por el dañado tendrá —según lo pactado en la póliza— derecho a ser indemnizado por su aseguradora conforme a los términos de su contrato de seguro, etc.

En todos estos casos (que son típicas figuras de derecho sustancial de fuente legal o pacticia) enajenante, deudor principal, codeudor solidario, cedente o aseguradora son «garantes» de la parte, en cuanto responden frente a ésta *en caso de vencimiento*. De plantearse la pretensión de garantía, el pronunciamiento sobre ella está bajo la «condición» de que la pretensión que la motivó sea estimada, es decir, que el garantizado pierda. Sobre la llamada en garantía, cfr. la clásica monografía de CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, Società Editrice Libreria, Milano, 1913.

³⁷ Señala LASAGNO, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia*, cit., p. 480 y s. (en crítica a los sostenido por Consolo) que «el juez que se pronunciara sobre el fondo de la demanda subordinada no cometería el error consistente en la no consideración de un impedimento, sino el distinto y más grave error definible como ultrapetición; y el juez que, tras haber estimado la demanda principal, declare expresamente de no poder entrar al fondo de la demanda subordinada, lejos de manifestar un impedimento procesal auténtico, más bien manifiesta que el *thema decidendum* planteado en la demanda subordinada no pertenece ya al proceso como objeto de decisión, habiendo cesado ya el efecto jurídico propio de la demanda misma».

³⁸ No incluyo dentro de la «categoría» de la acumulación «condicionada» de pretensiones, la llamada «acumulación alternativa», la que tal como viene concebida por el art. 87 CPC es, para mí, un imposible jurídico. Sobre la acumulación alternativa cfr. el clásico ensayo de TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, en *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 253 y ss.

Estas preguntas ponen sobre el tapete el problema del «modelo» de apelación acogido por el CPC de 1993. Así, si en angosta lectura del art. 364 CPC, se considera que nuestra apelación lo que promueve es simplemente una «revisión» de la corrección de decisión y no un reenjuiciamiento de la controversia planteada ante el primer juez, la respuesta a las preguntas no podría sino ser negativa, en el sentido de que el poder del *ad quem* se circunscribiría únicamente a determinar la corrección de la resolución en el extremo impugnado; si lo revocara, no podría pronunciarse sobre las pretensiones «condicionadas» por el simple motivo de que sobre tales extremos no habría un pronunciamiento que «revisar». Bajo este enfoque, la consecuencia sería una sola: revocada la primera sentencia en el extremo impugnado, debería remitirse la causa al *a quo* a fin de que emita un pronunciamiento sobre las pretensiones «condicionadas». Solo así se respetaría el principio constitucional de la «instancia plural»³⁹.

Sin embargo, yo no creo que este (hipotético) enfoque sea el correcto, porque, por un lado, nuestra apelación no promueve una mera revisión de la resolución impugnada sino un nuevo enjuiciamiento de la controversia y, por el otro, porque no está dicho que la instancia «plural» (*rectius*, «dual») signifique necesariamente un «doble» pronunciamiento sobre (exactamente) lo mismo, sino más bien (lo reitero) la posibilidad de que la misma controversia sea conocida por dos jueces distintos. Y en el caso de las pretensiones «condicionadas», no cabe duda de que ellas han sido conocidas por el juez *a quo*, en cuanto integraban el (complejo) objeto del proceso⁴⁰, sólo que al no verificarse la «condición», el *a quo* no tuvo que pronunciarse sobre ellas.

³⁹ E. RICCI, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*. I *Diritto processuale civile*, en *Enciclopedia giuridica*, XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, p. 6, considera que la posibilidad de que el juez de apelación se pueda pronunciar sobre la subordinada (siempre que replanteada por el apelante) pese a que el *a quo* no se pronunció sobre ella (por haber quedado absorbida con el pronunciamiento sobre la principal), constituye —junto con la demanda no decidida por omisión de pronunciamiento o no decidida por el fondo por errónea afirmación de un impedimento procesal— una vistosa manifestación de la tendencia a la superación del modelo del doble grado (entendido éste como doble pronunciamiento sobre lo mismo). No está de más decir que Edoardo Ricci es uno de los autores italianos más críticos del instituto de la apelación.

⁴⁰ Hay que tener presente que cuando existe una acumulación condicional de pretensiones (subordinada, accesoria o de garantía) cada pretensión tiene su propio *petitum*, su propia *causa petendi* y, muy probablemente, sus propias pruebas, y sobre todo ello debe girar la primera instancia del proceso. En efecto, así como el demandante tiene la carga de fundamentar en su demanda todas las pretensiones y ofrecer sus respectivas pruebas, el demandado tiene, a su vez, la carga, de «pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda» (inc. 2 del art. 442 CPC), inclusive sobre aquellos que configuran la *causa petendi* de una subordinada o una accesoria, pues caso contrario su silencio, respuesta evasiva o negativa genérica podrían ser apreciados por el juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (inc. y art. cit.) y alegar, si así lo estima, todos los hechos impeditivos, modificativos o extintivos respecto de la *causa petendi* de cada pretensión (art. 442 inc. 4 CPC). Lo mismo ocurre con las pruebas: todas las pruebas relativas a los hechos constitutivos del derecho (o sea a la *causa petendi*) o a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos (o sea a la *causa excipiendi*) alegados respectivamente por demandante o demandado en relación a cada una de las pretensiones serán admitidas por el juez (obviamente si pertinentes y lícitas, art. 190 CPC), sea como fueren que hayan sido planteadas las mismas (es decir, en relación de principal/subordinada; principal/accesoria, etc.). Y lo propio debe ocurrir en el caso del planteamiento de una pretensión de garantía, que como dicho en la nota 36, normalmente viene planteada por el demandado contra su «garante». Tal como lo señala MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 203, «[d]ebe tenerse en cuenta que [la unidad de procedimiento] no puede significar que las pretensiones acumuladas pierdan su individualidad, sino que se trata de la utilización de los trámites procesales con un doble contenido. Por ejemplo, llegada la hora de contestar a la demanda el demandado tendrá que tener en cuenta que en realidad debe resistir a más de una pretensión por lo que, en el mismo escrito, deberá dejar claro que primero

De allí que en el supuesto en el cual el *a quo* no se haya pronunciado sobre la pretensión condicionada (por haber estimado o desestimado la principal), con la apelación del extremo de pronunciamiento «condicionante», el juez *ad quem* viene *automáticamente* investido de la competencia para pronunciarse sobre las pretensiones condicionadas⁴¹, siempre que, obviamente, la «condición» se verifique, es decir, si es que el juez de apelación revoca el extremo impugnado, momento en el cual el *ad quem* se encontrará colocado en la misma exacta posición en que se encontró el juez *a quo* en el momento de la decisión.

Ergo, desde el momento que el proceso contiene (en potencia) todos los elementos necesarios para que, una vez activada la segunda instancia, de verificarse la condición (según los casos, la desestimación de la principal o, más bien, su estimación), las «condicionadas» podrán recibir un pronunciamiento por parte del juez *ad quem*, sin que con ello se esté afectando garantía constitucional alguna, sino más bien, estaríamos ante una concreta manifestación de lo que significa la garantía de la instancia «plural»⁴².

10. Efecto devolutivo y sentencia meramente absolutoria de instancia

Exactamente igual al supuesto tratado apartado anterior, pero con menores (potenciales) resistencias por parte de la praxis, es aquél en el que el juez *a quo*, llegado el momento de resolver, en lugar de pronunciarse sobre el fondo (estimando o desestimando la demanda), emita un pronunciamiento meramente absolutorio de la instancia⁴³, es decir, declare (en nuestra terminología) improcedente la demanda por haber advertido (recién en ese momento) la existencia de un impedimento procesal⁴⁴.

responde a una pretensión y después otra. En ese mismo orden de cosas es conveniente la distinción cuando se trata de proponer prueba o de concluir».

⁴¹ Naturalmente, está en el interés del apelante el

⁴² Tal cual lo que ocurre cuando el juez de apelación, conforme lo permite (con todas sus limitaciones) el art. 374 CPC, admite las pruebas ofrecidas en el escrito de apelación o de su absolución. Tales pruebas se refieren, por lo general, a «hechos nuevos» y respecto de ellos el juez *ad quem* será el único que los conocerá. Sobre la relevancia del art. 374 CPC, a los efectos de ubicar nuestro «modelo» de apelación, cfr. mi *En la búsqueda de nuestro «modelo» de apelación civil*, cit., en particular la nota 39.

⁴³ Quizá convenga aclarar el significado de «absolución de la instancia», pues la palabra «absolución» en castellano tiene varios significados de los que da cuenta el propio DRAE. Es así que encontramos: *a*) la absolución «de la demanda»: «*Terminación del pleito enteramente favorable al demandado*»; y, *b*) absolución «en la instancia»: «*Pronunciamiento realizado en la sentencia cuando un juez o un tribunal acoge una excepción procesal y se abstiene de resolver el fondo*». Es decir, en el primer caso, la sentencia «absolutoria» a secas, hace referencia a un pronunciamiento de fondo favorable al demandado (*id est*, se declara infundada la demanda); en el segundo, estamos ante un «no pronunciamiento», es decir, un pronunciamiento de que no puede haber pronunciamiento de fondo (en nuestra terminología, declarar improcedente la demanda). A este último supuesto se le suele también llamar «sentencia inhibitoria» (en cuanto el juez se «inhibe» —o sea, abstiene— de pronunciarse sobre el fondo). Pero además el DRAE da un significado *ad hoc* para la «absolución de posiciones»: «*En la prueba de confesión o interrogatorio de las partes, acto de responder el litigante bajo juramento o promesa a las preguntas de la otra parte*», en donde la palabra «absolución» resulta sinónima de «contestación» o respuesta. El CPC de 1993 la emplea varias veces en este sentido, es decir para hacer referencia a la respuesta (o la toma de posición) de una parte frente a una instancia de la otra (v. arts. 301, 373, 374, 471, 690-E y 809 CPC).

⁴⁴ Si diéramos una cabal lectura tanto del art. 465 como del art. 121, tercer párrafo in fine, CPC los supuestos en los que el juez podría (legítimamente) pronunciar una sentencia meramente absolutoria de instancia deberían ser auténticamente «excepcionales». Sin embargo, la praxis cotidiana demuestra que tales sentencias son todo lo contrario que una «excepción». Cfr., sobre el tema, mi *Sobre el «inagotable» poder del juez*

En tales casos, en virtud de la apelación de la sentencia —pese a que ella no contiene un pronunciamiento sobre el fondo— el juez *ad quem* estará investido de la competencia (es decir, del poder) de pronunciarse sobre el fondo, con la consecuencia de que, si efectivamente así ocurre, la segunda sentencia será la única que se pronuncie sobre el fondo de la controversia, sin que en este caso nadie (que yo sepa) se haya rasgado las vestiduras invocando el principio de la «instancia plural».

11. El limitado poder del juez *ad quem* de anular la «resolución impugnada»

El art. 382 CPC al indicar que «el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada»⁴⁵, está, en sustancia, autorizando al juez *ad quem* para declarar *de oficio* la nulidad de la resolución apelada *solo* en aquellos supuestos en los que tal resolución padezca de vicios formales que la invalidan como acto (v. segundo párrafo del art. 122) y sin que se precise de que el apelante hace evidenciado el vicio al apelar (de allí aquello de que «contiene intrínsecamente...»).

Ergo, para que el juez *ad quem* pueda llegar a declarar la nulidad de la resolución apelada por vicios distintos de aquellos que conforme al art. 382 CPC puede apreciar de oficio, el concreto vicio debe debería haber sido invocado expresamente por el apelante (principal o adhesivo) como motivo específico de su apelación, es decir cuando su apelación haya servido de medio para hacer valer tal vicio *in procedendo*⁴⁶.

de pronunciarse sobre la (llamada) «validez de la relación jurídico procesal», en Diálogo con la jurisprudencia, N° 90, marzo 2006, p. 163 y ss.

⁴⁵ El art. 382 CPC claramente se «inspira» en el primer párrafo de art. 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino de 1968 que establece «El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia». Sin embargo, lo que «omitió» el legislador nacional es el segundo párrafo del art. 253 del Código argentino que establece: «Si el procedimiento estuviera ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarase la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio». Como se puede apreciar, el legislador argentino optó por atribuirle al juez de apelación el poder de pronunciarse sobre el fondo, incluso cuando la sentencia (*per se*) fuera nula (y así se declarara), evitándose así la remisión de la causa al primer juez, salvo en aquellos casos en los que los que el procedimiento seguido en primera instancia estuviera viciado (sobre la solución uruguaya v. nota 53). La LEC 2000, a su vez, establece en su art. 465.2, inequívocamente, que «Si la infracción procesal *alegada* se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso». Una solución semejante (solo semejante) existe en nuestro procedimiento administrativo. Es así que el art. 217.2 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que «Constatada la existencia de nulidad, la autoridad además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo». Sería bueno que alguna vez contáramos para nuestro proceso civil con una disposición como la que rige en el ámbito del procedimiento administrativo en donde se ha entendido (a nivel normativo, no sabría si a nivel operativo) lo que significa el principio de la instrumentalidad de las formas, es decir, que son medio y no fin en sí mismas. Sobre el tema de la instrumentalidad de las formas en el ámbito administrativo, cfr., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1999, p. 630 y ss.

⁴⁶ La LEC 2000, en su art. 227.II ha expresamente previsto que el tribunal no podrá, «con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo

Esta limitación se explica por el principio de «convalidación tácita» de los vicios procesales establecido en el tercero del art. 172 CPC, por lo que el juez *ad quem* no podría apreciar oficiosamente un vicio considerado por la ley ya «subsano».

12. *Sigue*. Vicios «extraformales» de apreciación oficiosa

Sin embargo, hay un preciso caso en el cual el juez *ad quem* sí podría declarar la nulidad de la resolución apelada por un vicio «extraformal» no invocado por el recurrente: el de la resolución dictada por juez incompetente por materia, cuantía o territorio improrrogable (art. 35 CPC). Tal vicio es considerado por la ley insubsanable (por ello es que puede ser apreciado en cualquier estado y grado del proceso, v. art. 35 CPC) y acarrea la nulidad de todo lo actuado y la respectiva declaración de conclusión del proceso (v. art. 36 CPC)⁴⁷.

Otro vicio «extraformal», indudablemente insubsanable y como tal apreciable de oficio por el juez *ad quem*, es el previsto (ni más ni menos que) en el tercer párrafo del art. 46 de la Constitución: el de las resoluciones emitidas «por quienes usurpan funciones públicas». Así si la resolución apelada fue emitida por alguien (en los términos del art. 361 del Código Penal) «sin título o nombramiento» de juez, o por un juez «destituido o suspendido de su cargo», o por alguien que haya ejercido «funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene», el juez *ad quem* podrá apreciar la circunstancia de oficio y declarar su nulidad.

Fuera de estos casos, me parece que no pueda ser posible que el juez *ad quem* pueda oficiosamente emitir una resolución meramente rescindente y deberá (por deber funcional) emitir la correspondiente resolución sustitutiva de la apelada.

Sin embargo, los jueces de apelación suelen ignorar la (por cierto arcana) limitación puesta por el art. 382 CPC, por lo que fundándose en el último párrafo del art. 176 CPC (que permite declarar de oficio *solo* las «nulidades insubsanables») no es nada raro que anulen de oficio la resolución apelada (por los más disparatados motivos, p. ej., el de «insuficiente» motivación⁴⁸ o el de no haber dispuesto pruebas de oficio *ex* art. 194 CPC⁴⁹), reponiendo el proceso ante el juez *a quo*, con todo lo que ello puede significar en términos de duración del proceso y de (solapada) renuncia de los jueces de apelación a ejercer a plenitud los poderes inherentes a su condición de ser jueces de (segunda) instancia.

que aprecie falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional o se hubiera producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal». Sobre la apelación fundada en vicios procesales, v. *infra* n. 13.

⁴⁷ La solución es, sin duda excesiva, porque, a lo más la incompetencia del juez debería dar lugar a la remisión de la causa al juez competente, tal como estaba previsto en el texto original del art. 35 del CPC. Sobre el tema cfr. mi *Cambiando todo para que nada cambie: la Ley N° 28544 y la «nueva» disciplina de la «contienda» de competencia*, en *Actualidad Jurídica*, N° 139, junio 2005, p. 65 y ss.

⁴⁸ Para unos casos concretos cfr., mi *Motivación de las resoluciones, «error de logicidad» y recurso de casación*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 60, setiembre 2003, pp. 119 y ss., así como mi *Reenvío «excepcional» al primer juez y cosa juzgada sobre la legitimación pasiva*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 67, abril 2004, p. 109 y ss.

⁴⁹ El supuesto es más que recurrente, casi al nivel del escándalo. No por nada la nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, en su art. 22, establece que la omisión en el ejercicio de la «facultad» de disponer pruebas de oficio «no acarrea la nulidad de la sentencia». Sobre el tema cfr., mi *Las preclusiones probatorias en el proceso civil peruano «publicizado»*, en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS/ DIEGO IVÁN PALOMO VÉLEZ (Coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva Justicia Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 621 y ss.

13. ¿Puede haber una apelación «no devolutiva»?

Si la apelación es esencialmente una impugnación devolutivo-sustitutiva, a estar a lo previsto en el propio art. 364 CPC, parecería que también puede fungir de medio para que el recurrente haga valer *solo* errores *in procedendo* que, en su enfoque también vician, «por contaminación», a la sentencia.

En tales casos, parecería que la apelación no produjera efecto devolutivo, vale decir, que no trasladara al juez *ad quem* el poder de conocer y pronunciarse (total o parcialmente) sobre lo conocido (y, de ser el caso, decidido) por el juez *a quo*, sino solo, al viejo estilo de la «querrela de nulidad»⁵⁰, le confiriera al *ad quem* el poder de pronunciarse sobre la existencia o no del vicio procesal, por lo que, de estimarse el recurso, conducirá a un pronunciamiento meramente rescindente y no sustitutivo.

Sin embargo, el cómo funcione nuestra “apelación-nulidad” no está para nada claro⁵¹, en cuanto si bien el tenor del art. 364 CPC da a entender que con la apelación se puede pretender (solo) la anulación de la resolución apelada (v. también el art. 380 CPC), de lo dispuesto en el art. 176 CPC se puede llegar a distinta solución.

En efecto, el art. 176 CPC, tras establecer que «el pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia», precisa que una vez sentenciado el proceso en primera instancia, la nulidad «sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación». Lo interesante es que en estos casos «la Sala Civil (*rectius*, en general, el juez *ad quem*) resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado», que es como decir que el pedido de nulidad se acumula, como incidente previo, a la apelación en estricto⁵².

De allí que a estar a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 176 CPC, parecería que la apelación no pudiera tener como único y exclusivo objeto la declaración de nulidad de la resolución impugnada, sino que, *siempre y en todo caso*, su planteamiento y concesión implique (en vía principal) la atribución al juez *ad quem* del poder de conocer la controversia y de emitir la decisión sustitutiva de la impugnada, lo que debería significar que toda apelación produce, por definición, efecto devolutivo, en estos casos, previo análisis del «pedido» (incidental) de nulidad contenido en el propio acto de apelación, a resolverse por auto separado o en la propia sentencia de apelación, a «elección» (?) del juez *ad quem*⁵³.

⁵⁰ Sobre la *querela nullitatis* del derecho intermedio italiano cfr. mi *En la búsqueda de nuestro «modelo» de apelación civil*, cit, y la bibliografía allí citada.

⁵¹ Lo evidenció en la nota 37 del trabajo citado en la nota anterior.

⁵² Tal cual en la evolución de la *querela nullitatis* del derecho intermedio italiano, en el derecho histórico español y lo es aún en el derecho canónico: v. mi *En la búsqueda de nuestro «modelo» de apelación civil*, cit, especialmente la nota 31.

⁵³ El Código General del Proceso uruguayo de 1988 adopta, un tanto más claramente, este (viejo) modelo (que es además el que rige aún en Austria, v. nota 13 de mi *En la búsqueda de nuestro «modelo» de apelación civil*, cit.). Es así que el art. 257.4 del Código General del Proceso establece que: «El tribunal, al pronunciarse sobre el recurso de apelación, debe examinar en forma previa, si el escrito introductorio del recurso no ha hecho valer la nulidad de la sentencia o de los actos de la primera instancia procediendo, en su caso, conforme a lo dispuesto en la Sección VII, Capítulo I del Título VI de este Libro». A su vez en el art. 116 del mismo Código se establece que «El tribunal de segunda instancia que debe pronunciarse sobre un recurso de

Naturalmente, lo que nos falta es una clara disposición del qué hacer cuando el *ad quem* estime la existencia de la nulidad, con la consecuencia de que, en la praxis, la solución, en la generalidad de los casos, no consiste en la subsanación del vicio ante el propio juez *ad quem* (solución que sería la ideal y que creo que no ande en el «recetario» de ningún juez de apelación⁵⁴), sino en la reposición del proceso al estado en que se cometió el «vicio» (o sea la remisión de la causa a su, en teoría ya superada, primera instancia), provocándose así ese patológico fenómeno en el que el proceso, en lugar de avanzar hacia su fin, retrocede, eternizándose así la solución final de la controversia, que es nuestro gran tema pendiente y al cual, sin duda, hay que ponerle una solución.

14. Por una cabal concepción de la garantía de la segunda instancia

Si alguna conclusión se ha de llegar sobre el tema de la extensión de los poderes del juez de apelación es la siguiente: él, en virtud de la apelación, viene investido de los mismos poderes que tuvo en su momento el primer juez respecto de la *res in iudicium deducta*, dentro, ciertamente, de los límites objetivos puestos por las partes al impugnar.

Ello, me parece, constituye una cabal concepción de lo que significa nuestra apelación cual medio que plasma la garantía constitucional de la instancia «plural», en cuanto permite que el proceso continúe ante un segundo y distinto juez, una continuación que no consiste en una mera «revisión» de la primera instancia, sino que debería permitir no solo un reenjuiciamiento de la controversia sino además debería ser la ocasión para remediar cualquier defecto y omisión de las partes y del juez inicial.

apelación deberá observar si se ha hecho valer en el escrito, interponiendo el recurso, la nulidad de la sentencia o de actos de la primera instancia o si se hubiera incurrido en los mismos en alguna nulidad insanable.// En caso de que así fuera, examinará en el fallo, previamente, la nulidad y solo en caso de rechazarla se pronunciará sobre los agravios de la apelación. Si admitiere la reclamación y la declaración de nulidad hiciere imposible el aprovechamiento de los actos procesales posteriores, se dispondrá el reenvío del proceso al estado en que se hallaba en el momento de causarse la nulidad».

⁵⁴ En rigor, a estar a los principios que rigen a las nulidades procesales, un proceso *nunca* debería retroceder a fases ya superadas, en cuanto cualquier «vicio» que se hubiera producido en ellas o debería considerarse subsanado (por convalidación *ex* art. 172 CPC) o debería remediarse «conservando» todos los actos que no resulten arrastrados por aquél (art. 173 CPC). Y cuando la «fase» en cuestión es toda la primera instancia del proceso, una cabal aplicación de estos principios nos deberían llevar a considerar que sus vicios procesales deban remediarse en la segunda instancia, sin que *nunca* se deba retrotraer a la primera. Tal ha sido la expresa solución, al menos en línea de tendencia, de la LEC 2000, en cuyo segundo párrafo de su art. 465.3 ha dispuesto que «No se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, para lo que el tribunal concederá un plazo no superior a diez días, salvo que el vicio se pusiera de manifiesto en la vista y fuere subsanado en el acto. Producida la subsanación y, en su caso, oídas las partes y practicada la prueba admisible, el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito». La reposición por parte del tribunal de apelación «al estado en que se hallasen [las actuaciones] cuando la infracción se cometió» ha quedado, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 465.3 LEC 2000 solo para la hipótesis de «nulidad radical de las actuaciones o parte de ellas». Sobre el tema cfr. MONTERO AROCA, *El recurso de apelación, en Proceso (civil y penal) y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 316 y s., quien señala que en la LEC 2000 «es manifiesto el intento de evitar declaraciones de nulidad por el tribunal *ad quem*».