

CAPÍTULO SÉPTIMO

La apelación

Sección	I. Principios generales	115
Sección	II. Instituciones comunes (estudio comparativo)	121
	1. Motivación	121
	2. Apelación incidental	123
	3. Nuevas cuestiones	125
	4. Suspensión provisional	128
	5. Reenvío	130

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA APELACIÓN

SUMARIO: Sección I. *Principios generales*. Sección II. *Instituciones comunes (estudio comparativo)*; 1. *Motivación*; 2. *Apelación incidental*; 3. *Nuevas cuestiones*; 4. *Suspensión provisional*; 5. *Reenvío*.

Sección I. *Principios generales*

La apelación se rige por los principios de la doble instancia, de forma que constituye un nuevo examen del caso, no únicamente un examen de la resolución de primera instancia. El juez de apelación tiene todas las facultades con que contaba el de primera instancia. El material que fue objeto de la primera instancia se pone a disposición del tribunal de alzada para que lo examine con la mayor amplitud posible; incluso, puede hacerlo desde el punto de vista diverso al del juez de primera instancia. El *ius novorum* está restringido por cuanto que sólo bajo condiciones excepcionales se permite la aportación de nuevos hechos y pruebas.

La apelación es un recurso ordinario en el que caben el efecto devolutivo y el suspensivo. Es un recurso ordinario porque no existe restricción por lo que respecta a los motivos que fundamentan el nuevo examen. Puede suspender o no los efectos de la sentencia impugnada, de acuerdo con lo que se ordene en la ley, pero en todo caso es devolutivo.

Con anterioridad se ha establecido que la apelación es uno de los medios impugnativos que menos han variado en el transcurso de los siglos. Quizá uno de los cambios más notables en su estructura ha sido la incorporación de la nulidad. Calamandrei explica que al desaparecer la *querella nulitatis* del derecho común, su función se distribuyó entre otros recursos. La apelación absorbió parte de las funciones de la *querella nulitatis*. En un tiempo, la diferencia más notable entre la *appellatio* y la *querella nulitatis* fue la alzada, ya que la *appellatio* por antonomasia se sustancia ante un tribunal *ad quem*. Sin embargo, la *querella nulitatis* en algunas ocasiones llegó a interponerse ante un tribunal de alzada. A pesar de esto último, seguían existiendo elementos que permitían una diferenciación precisa entre los dos medios impugnativos, entre ellos, el tipo de errores, ya que mediante la *querella nulitatis*, sólo era posible impugnar errores *in procedendo*; además

en la apelación, el *ad quem* podría proveer una resolución ajustada a derecho, mientras que en la *querella nulitatis* el *ad quem* se limitaba a anular, devolviendo el juicio al *a quo* (reenvío), para que éste repusiera el procedimiento. La parte de la *querella nulitatis* que se asimiló a la casación, merced al transcurso del tiempo y al hecho de que ambos recursos coincidían ante el mismo *ad quem*, condujo a la absorción paulatina de la *querella nulitatis*, hasta que finalmente desapareció. “La *querella nulitatis* existía antiguamente en el derecho común, pero hoy, en las legislaciones modernas, su función ha sido asumida por otras formas de impugnación más expeditivas y más comprensivas, y de ella, como medio de impugnación autónomo y distinto, ha quedado un simple recurso histórico.”¹ Calamandrei propone el examen de los artículos 161, 353 y 354 del Código Procesal Italiano, como demostración de la verdad de su punto de vista. El artículo 161 es de tal manera expresivo, que basta la inserción de su texto para probar la brillante afirmación de dicho autor: artículo 161.

“La nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación, sólo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación. Esta disposición no se aplica cuando la sentencia carezca de firma.” No obstante, si el artículo anterior no existiera, mediante los artículos 353 y 354 podría demostrarse la supervivencia de la *querella nulitatis* en la apelación. Dichos artículos regulan el reenvío del juicio al juez de primera instancia en los casos en que la resolución fue anulada por errores *in procedendo*, teniendo en cuenta que la anulación de resoluciones por errores *in procedendo* y el reenvío al inferior fueron las características dominantes de la *querella nulitatis* con efecto devolutivo, y como sea que los mismos elementos fueron originalmente extraños a la *apellatio*, es posible confirmar con la mayor amplitud, la veracidad de la afirmación de Calamandrei que citamos a continuación: “la *querella* subsiste *in re*, aunque no *in nomine* en la apelación”.²

En todos los ordenamientos jurídicos examinados pueden encontrarse artículos que disponen la remisión de la causa al juez de primera instancia, una vez que en apelación se revocó la resolución impugnada por nulidad. Así pues, es posible afirmar que el fenómeno de la incorporación de la nulidad a la apelación es general, si bien en algunos órdenes jurídicos existe en mayor grado que en otros. Los errores *in procedendo* que fundamentan la apelación, con vistas a solicitar la nulidad de la resolución impugnada, necesariamente se refieren a errores cometidos por el órgano jurisdiccional. De lo anterior resulta que el juez de apelación también examina la conducta del juez de primera instancia. Consecuentemente, la idea de que en la apelación no se

¹ Calamandrei, *op. cit.*, t. III, p. 295.

² Calamandrei, *op. cit.*, t. III, p. 301.

juzga la actividad del *a quo*, sino únicamente la relación jurídica de que éste conoció, se presenta con un valor relativo. Lo anterior no quiere decir que se le desconozca su validez, sólo se quiere poner de manifiesto que no es una afirmación con un valor absoluto, por lo menos por lo que respecta a la práctica; quizá desde el punto de vista meramente teórico siga siendo absolutamente válida.³ En realidad, la apelación, a través de su evolución, ha llegado a convertirse en un medio impugnativo amplísimo en el que se examina, tanto la relación jurídica material de las partes, como la actividad del juez de primera instancia.

La apelación en el Código del Distrito se basa a tal grado en la apelación española, que varios de sus artículos contienen textos que coinciden en el contenido con los de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el mencionado código sigue a la Ley de Enjuiciamiento Civil tan fielmente que adopta algunos de sus vicios. Desgraciadamente, el legislador no sólo incorporó los vicios del derecho español, sino que en algunos casos agravó sus defectos o bien agregó algunos por propia iniciativa. Por ejemplo, en el derecho español no se especifica a quién corresponde el derecho de apelar;⁴ nuestro legislador, lejos de subsanar la falta, la convalida expresamente admitiendo la apelación de todo aquel interesado al que perjudique la resolución judicial, sin tomarse la molestia de determinar a quiénes considera incluidos dentro de la hipótesis contenida en el artículo 689.

En la redacción de un ordenamiento jurídico debe cuidarse la exactitud de las expresiones empleadas, dado que su interpretación trasciende a la práctica afectando los intereses de los destinatarios de la norma; por ello, es increíble que en un ordenamiento de tal importancia se utilicen expresiones de una vaguedad inconmensurable. Además, es injustificado que se otorgue la apelación a los terceros, pues la tercería, que también se regula en el código, les ofrece un medio idóneo para combatir las resoluciones que perjudican a sus intereses. Becerra Bautista pone de manifiesto este error, señalando que inclusive puede afectar la interposición del amparo, dado que al disponer de otro medio impugnativo, se correría el riesgo de que el amparo fuese sobreesido por carecer de definitividad la resolución impugnada.⁵

La confusión de los llamados efectos de los recursos, es otro de los puntos oscuros de la Ley de Enjuiciamiento Civil, adoptado y desarrollado por el legislador del multicitado código. Desde que fue publicado el *Derecho procesal penal* de Niceto Alcalá-Zamora y Ricardo Levene, se criticaba la

³ Los casos en que se pone de manifiesto la existencia de revisión por nulidad pueden verse en la sección II, núm. 5.

⁴ Cfr. De la Plaza, *op. cit.*, t. II, p. 771.

⁵ Cfr. Becerra Bautista, *op. cit.*, p. 520.

confusión con respecto a los llamados efectos.⁶ Dicha crítica fue reiterada, a propósito de ordenamientos nacionales, en el *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua*⁷ de Alcalá-Zamora. El legislador del Distrito vino a embrollar el laberinto de los efectos con su propia aportación: el efecto preventivo. El pomposo nombre de "efecto preventivo" encubre la reserva de apelar un auto o sentencia interlocutoria junto con la sentencia definitiva, en los casos en que la ley dispone la apelación diferida de autos y sentencias interlocutorias y obliga a las partes a preparar la impugnación mediante una declaración expresa, a la que recae una resolución judicial que tiene por interpuesta la apelación para su tiempo.⁸

Por último, otro desacierto del legislador fue el haber trasplantado de la Ley de Enjuiciamiento Civil el trámite para la admisión e interposición de la apelación. Se objeta la tramitación de la admisión de la apelación ante el juez *a quo*, debido a que dos desventajas: por una parte, la proliferación de trámites, papeleo y, consecuentemente, la pérdida de tiempo y derroche de esfuerzos; por la otra, una escasa garantía de imparcialidad y la necesidad de crear otro recurso (la queja), que viene a contribuir a la complicación y dilación del procedimiento.

La forma de interponer la apelación en los ordenamientos a que se ha venido aludiendo, contenida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, condiciona la existencia de dos fenómenos que afectan a la economía procesal y a la imparcialidad respectivamente. El recurso de apelación se interpone primeramente ante el mismo órgano que produjo la resolución impugnada; si éste lo admite, el juicio es turnado al tribunal de alzada. Una vez que recibe el expediente o las copias del mismo, según sea el caso, el tribunal de alzada vuelve a examinar la procedencia del recurso, tal y como lo hizo anteriormente el órgano de primera instancia. El proceso descrito con anterioridad implica duplicación de esfuerzos, de tiempo, así como de los gastos de las partes y del órgano jurisdiccional. Obviamente, este sistema de admisión de la apelación es contrario a la economía procesal.

Por otra parte, este sistema de admisión adolece de ciertas deficiencias por lo que respecta a la imparcialidad del juzgador. Si bien en la revocación (o reposición en España), es el propio órgano jurisdiccional el que decide sobre la impugnación de una de las resoluciones, puede decirse que el problema de la imparcialidad del juzgador es atenuado por la escasa importancia de la resolución impugnada. Sin embargo, en el caso de la apelación, el problema es distinto. En efecto, dada la importancia de las resoluciones

⁶ Cfr. t. III, pp. 287 a 289.

⁷ Donde también se comenta el Código del Distrito, p. 174.

⁸ Véase *supra*, capítulo V, sección IV.

que pueden ser apeladas, es indispensable asegurar la imparcialidad del juzgador. Sin embargo, mediante el sistema de admitir la apelación ante el mismo juez que produjo la resolución impugnada, no se asegura la imparcialidad del juzgador como fuera de desearse. Ahora bien, si a esto último se respondiera diciendo que la imparcialidad es asegurada, pues de cualquier forma la admisión será tarde o temprano resuelta por el órgano de segunda instancia, todo lo que se logra es caer dentro de la hipótesis de la primera crítica, es decir, el examen de la procedencia del recurso, así como su admisión, se duplican innecesariamente. Además, si el órgano de segunda instancia ha de examinar y resolver sobre la admisión del recurso, qué justificación puede tener el planteamiento de la admisión ante el órgano de primera instancia del que proviene la resolución impugnada.

En Alemania e Italia la apelación se interpone ante el *ad quem*, y éste decide sobre su admisibilidad. De esta manera se ahorran pasos innecesarios y subrecursos como la queja. El legislador del Código del Distrito no se limitó a la imitación extralógica de los vicios del derecho procesal español sino que, además, decidió agregar por su cuenta algunos detalles que completarían el cuadro. La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el juez *a quo* debe examinar el recurso y decidir si procede su admisión, así como, una vez admitido, determinar los efectos con que ha de proceder. Pero no dispone expresamente que el *ad quem*, una vez que se ha personado el apelante en el emplazamiento, deba, de oficio, examinar si procede la admisión del recurso y determinar los efectos, pues únicamente a instancia de parte resuelve el *ad quem* sobre la cuestión de los efectos. Sin embargo, el legislador del Código del Distrito no habría de incurrir en la misma omisión; éste no es el caso en que las disposiciones del Código del Distrito se reducen a un trasunto irracional del derecho español. El artículo 693 del Código dispone que el juez *a quo* debe decidir sobre la admisión del recurso y calificar los efectos. Hasta este punto, las disposiciones del Código son copia fiel de las del derecho español; no obstante, en el artículo 703 se ordena nuevamente la decisión sobre la admisibilidad del recurso y sus efectos, pero ahora por el *ad quem* (concediéndosele el plazo de ocho días para emitir la resolución en que manifieste su decisión).

Pues bien, dado que el *ad quem* debe examinar el recurso de apelación para determinar si procede calificar sus efectos (operación para la que se le otorga el amplio plazo de ocho días) y emitir una providencia en la que manifieste su decisión, se priva de todo sentido a la disposición que ordena la interposición ante el *a quo* y le faculta para decidir, sin sustanciación, sobre la admisibilidad y los efectos de la apelación. El hecho de que en las legislaciones europeas la apelación se interponga ante el mismo *ad quem*, para que éste decida por una sola vez sobre su admisibilidad,

contrasta desfavorablemente con el hecho de que en nuestra legislación de todos modos el *ad quem* debe examinar la admisibilidad del recurso y, además, hacer aparecer como inútil y ociosa la interposición ante el *a quo*. Es importante observar que en un recurso extraordinario de carácter federal como el amparo, que debe motivarse detalladamente y someterse a una serie de formalidades para su interposición, sólo se decide una vez sobre su admisibilidad; en cambio, en un recurso tan común como la apelación, que no precisa de motivación alguna ni debe observar formalismos para su interposición, se requiere que se decida dos veces sobre su admisibilidad y, una vez que se han llevado a cabo ambas decisiones, se pasan a examinar los motivos que fundamentan el recurso.

En definitiva, debiera optarse por un acercamiento al sistema alemán, por lo que respecta a la admisión del recurso, o de otra forma y para no herir susceptibilidades, debiera adoptarse el sistema de admisión que priva en el amparo uni-instancial en materia civil. La apelación debería interponerse ante el mismo *ad quem*, y a él debería corresponder la decisión sobre su admisión, si bien, siguiendo el ejemplo del amparo uni-instancial, la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada podría corresponder al *a quo*. Por lo que toca al escrito de motivación del recurso, debería fijarse un plazo perentorio para su presentación, de la extensión que el legislador juzgara conveniente, contado a partir de la interposición del recurso. Poner en práctica las ideas esbozadas acarrearía las siguientes ventajas: a) la tramitación del recurso sería más rápida, pues se suprimiría la innecesaria interposición ante el *a quo*; b) consecuentemente, se abreviarían los trámites y el papeleo; c) quedaría descartado el derroche de trabajo que implica la duplicación de esfuerzos (por decidir dos veces sobre la admisibilidad); d) la imparcialidad de la decisión que resuelve sobre la admisión estaría plenamente garantizada. Es obvio que todas las ventajas aludidas trascenderían a la práctica, por ello, no se trata de una mera especulación teórica que únicamente persiga la satisfacción de un capricho académico.

En contraste con su fuente más importante (el derecho español), el Código del Distrito difiere en materia de pruebas en segunda instancia. Desde luego, la diferencia no es muy grande, pues las fracciones del artículo 708 coinciden con las fracciones segunda y tercera del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no así por lo que respecta a las otras tres, con las que no es posible establecer la misma relación. En efecto, la primera fracción del artículo 862 de la L. E. C., autoriza al órgano de segunda instancia para aceptar el ofrecimiento de pruebas rechazadas por el juez de primera instancia en su oportunidad. El artículo 708 contenía una hipótesis semejante, antes de la reforma de 14 de marzo de 1973. La supresión de la primera

fracción no hubiera sido necesaria, sobre todo si se toma en consideración que la segunda instancia consiste en un nuevo examen del negocio, que generalmente se practica con una gran amplitud. En todo caso, habría sido deseable que se hubiera dispuesto que la aceptación de las pruebas rechazadas en la primera instancia no fuera obligatoria, sino que únicamente procediese cuando así lo acordara el órgano de segunda instancia.

Con respecto de la cuarta fracción del artículo de la L. E. C., mencionado, que concede la prueba de los hechos de nueva noticia en segunda instancia, el Código del Distrito es omiso, pues no contiene ninguna mención que pudiera considerarse paralela. La quinta fracción del anteriormente mencionado artículo de la L. E. C., admite sin ninguna restricción la prueba en segunda instancia, cuando se hubiera declarado rebelde el demandado. Aunque en el capítulo de apelación no existe ninguna disposición en este sentido, el artículo 647 del Código del Distrito permite la recepción de las pruebas que ofrezca en segunda instancia el condenado en rebeldía en la primera, siempre que acredite haber estado impedido para comparecer con anterioridad y la prueba trate sobre una excepción perentoria.

En obsequio de la imparcialidad, es necesario reconocer los aspectos en que el legislador del Código del Distrito supo discriminar los errores que padece el derecho español, en vez de permitir que penetraran a nuestro ordenamiento, pues lejos de enredar nuestra legislación de apelación con la exuberante reglamentación por separado de los diversos tipos de las apelaciones: de mayor cuantía, de menor cuantía, verbales o de cognición y contra los incidentes y juicios especiales, se optó por consignar, a través de los artículos 714 y 715, las diferencias de plazos y la simplificación de las apelaciones contra resoluciones de los juicios sumarios. Una solución como la del Código del Distrito sería muy útil en la legislación española.

Sección II. *Instituciones comunes (estudio comparativo)*

1. *Motivación.* La motivación implica la objetivación y esclarecimiento de los vínculos que existen entre las peticiones que formula la parte en su demanda de apelación y los hechos o actos de la primera instancia, a los que considera irregulares o anulables, esto es, que no se conforman a los lineamientos enunciados por la norma que necesariamente debe regirlos. La parte medular del recurso está constituida por el conjunto de juicios lógicos que el apelante debe articular, para producir la convicción del juzgador, ya que de su correcto planteamiento y demostración depende la resolución favorable del recurso.

La motivación comprende la articulación de dos elementos: el *petitum*, integrado por todo aquello que se solicita del órgano de segunda instancia,

por una parte, y la "*causa petendi*", por la otra, misma que se integra con la descripción de actos o hechos que se reputen como la causa del perjuicio producido por la resolución impugnada. Tanto el derecho alemán como el italiano hacen énfasis en la formulación clara y precisa del *petitum* y la *causa petendi*, en ningún caso se admiten afirmaciones generales. El *petitum* debe ser claro y explícito, tanto con respecto de las resoluciones que se pretende impugnar, como con relación a los efectos de éstas que se intenten invalidar. El apelante debe indicar, en forma detallada, en qué punto y por qué motivos tiene por injusta la decisión del juez de primera instancia.

En Alemania, la obligación de motivar proviene de la Novela del 13 de febrero de 1924. Dicha obligación se exige tanto para la apelación principal como para la incidental, a diferencia del gravamen que únicamente se exige para la apelación principal. La necesidad de motivar la apelación se extiende también a todas las demandas que se presentan en apelación, a menos que una fuese fundamento de otra o varias estuviesen necesariamente apoyadas en la que se motiva.

El tiempo para someter la motivación varía notablemente. Los tres sistemas regulan en forma particular la materia de motivación. Por ello, si dispusiéramos a los tres sistemas en sucesión, de acuerdo con la brevedad con que requieren la motivación de la demanda, encontraríamos en uno de los extremos el sistema italiano, donde la motivación debe entregarse al propio tiempo que se presenta la demanda, mientras que en el otro extremo se encuentra el sistema español, en el que no se requiere motivar la demanda. Manuel de la Plaza denomina "demanda compacta" al tipo de libelo con el que se interpone la apelación en España; para dicho autor esta modalidad tiene su más remoto origen en las Leyes de Partidas, citando para tales efectos la parte tercera, título vigésimo tercero de la Ley XXVI: "mangüer se tengan por agraviados de lo que juzgaren los alcaldes, no yerren contra ellos, razonándolos mal, o diciéndoles que juzgaron tuertos o denostándolos dotraguisa". Aparte de la razón que explica de la Plaza, posiblemente se dispone la interposición de la apelación, sin motivación en obsequio del apelante, quien de este modo puede disponer de más tiempo para formular una motivación cuidadosa y detallada.⁹

Entre los dos sistemas encontramos al de Alemania, que aprovecha las ventajas de uno y otro, debido a que se admite la motivación al mismo tiempo que se interpone la demanda y se prevé la posibilidad de que se difiera su entrega. El plazo dentro del que se permite la motivación es de un mes a partir de la interposición del recurso, esta disposición resulta particularmente útil, ya que el abogado, al verse apremiado por la necesidad de impugnar la resolución en tiempo, pudiera encontrarse ante la imposi-

⁹ Cfr. De la Plaza, *op. cit.*, t. II, p. 772.

bilidad de motivar su apelación en la forma debida, con el consiguiente riesgo de enfrentarse al debate en una posición francamente desfavorable, especialmente si se tratara de un sistema de litis cerrada, ya que una vez que se ha presentado la motivación se debe correr traslado a la contraparte. En el caso de la apelación adhesiva, el plazo para motivar es más extenso, prolongándose hasta el momento en que se declara cerrado el debate.

2. *Apelación incidental.* La apelación incidental tiene como función hacer posible la impugnación en segunda instancia de una resolución, después que ya ha sido impugnada con anterioridad por alguna otra de las partes interesadas, a través de la apelación principal. El procedimiento de la apelación incidental tiende a la simplificación de los trámites y formulismos de la interposición, sin detrimento de la seguridad, debido a que el asunto ya ha sido objeto de conocimiento por parte del órgano de apelación.

Los tres sistemas objeto de estudio regulan la institución de una manera similar. La interposición de la apelación se debe realizar por escrito, con excepción del derecho italiano donde es posible interponerla en la primera audiencia, debiéndose hacer constar en el acta respectiva. En el derecho español, también es posible interponerlo durante la celebración de la vista, pero sólo cuando se trata de la apelación contra las sentencias definitivas y las resoluciones menores que recaen en los procesos de cognición y verbales.

El plazo dentro del que es posible la interposición de la apelación incidental depende de las particularidades de cada sistema, pues mientras que en Alemania se admite su interposición hasta en tanto no se cierre el debate, gracias a las ventajas que ofrece su sistema práctico y flexible, en Italia y España, donde el sistema impugnativo, es relativamente más complejo (debido a que el primero es consecuencia del alto grado de sofisticación de su derecho procesal, mientras que el segundo es un efecto de la intrincada y exuberante legislación en materia de segunda instancia), el plazo de interposición se regula en forma considerablemente más estricta.

En el sistema impugnativo italiano se debe interponer la apelación incidental al tiempo que se lleva a cabo la primera comparecencia o en todo caso, antes de la celebración de la primera audiencia. Sin embargo, una vez que se ha interpuesto la apelación incidental, el equilibrio de intereses puede cambiar notablemente, en consecuencia, las otras partes pueden tener interés en interponer, a su vez, otra apelación incidental. Por ello el código italiano ha previsto esta posibilidad, permitiendo la interposición de una nueva apelación incidental siempre que se haga valer en la primera audiencia que se celebre después de la interposición de la primera apelación incidental. Por último, también son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 331 y 332, que establecen los lineamientos generales para la interposición de impugnaciones en causas escindibles e inescindibles, cuando la impug-

nación se dirige contra sentencias dictadas entre varias partes, pero sólo con respecto de alguna o algunas de ellas.

La motivación de la apelación incidental sigue los lineamientos generales que rigen la motivación de la principal, con la excepción de la variante que incorporan las limitaciones de índole temporal, ya que generalmente la apelación incidental se interpone después de haber transcurrido un cierto periodo de tiempo, a partir de la interposición del recurso principal.

En Alemania se puede diferir la motivación de la apelación, tanto de la principal como de la incidental; en el caso de esta última, su motivación es admisible hasta antes de la fecha en que se cierra el debate oral. En Italia no es posible diferir la motivación del recurso principal, consecuentemente, la motivación debe formularse al tiempo que se interpone. La Ley de Enjuiciamiento Civil, como se ha dicho con anterioridad, no requiere motivación alguna de la demanda de apelación (demanda compacta de apelación). Sin embargo, teniendo en cuenta que la interposición de la apelación incidental se debe efectuar antes de que se inicie el periodo probatorio, al tiempo que se cierra el periodo de instrucción o durante la celebración de la vista de la causa, dependiendo del tipo de apelación, no sería posible diferir la proposición de la apelación, ni sería conveniente aceptar demandas sin motivación (compactas) fuera de cada uno de los plazos.

El derecho alemán exige una cuantía mínima para la admisión de la demanda principal, siempre que el gravamen que la parte alegue sea de índole patrimonial, pero dicho requerimiento no se extiende a la apelación incidental. La apelación incidental no precisa ceñirse a los límites dentro de los que se planteó la principal, de manera que a través de aquella se pueden impugnar los términos de la resolución que no fueron objetados en ésta, así como también las resoluciones apelables que no fueron recurridas en la principal.

La interposición de la apelación incidental, en tiempo, puede producir diversos efectos, dependiendo del momento en que se interponga, por ejemplo, cuando se interpone dentro del plazo de un mes, a partir de la notificación de la sentencia, se le considera prácticamente como una apelación principal, para todos los efectos procesales a que hubiera lugar, de este modo, si la apelación principal fuera desestimada o la parte que la interpuso renunciara a la instancia, la apelación que en un principio se interpuso como incidental, podrá seguirse tramitando como cualquier recurso.

Ahora bien, cuando se hubiera presentado fuera del plazo a que se hace mención en el párrafo anterior, tendrá estrictamente el carácter de una apelación adhesiva, por lo que si la parte que la interpuso renuncia a la apelación principal o ésta resulta inadmisibile, la incidental, como todo aquello accesorio en el derecho, sigue la suerte de lo principal, salvo que habiendo

sido declarada admisible en un principio, fuera desestimada por otras causas en cuyo caso, la apelación incidental tampoco seguiría la suerte de la principal.

3. *Nuevas cuestiones*. La gran mayoría, si no la totalidad de los elementos que conforman la materia objeto de examen en la segunda instancia, ya han sido considerados con anterioridad, durante la primera instancia. Sin embargo, existe un número limitado de cuestiones que es posible proponer en la apelación, sin que sea necesario que existan precedentes de ellos en la primera instancia. Los tres sistemas jurídicos prevén la proposición de nuevas cuestiones en apelación, a pesar de que sus respectivas regulaciones difieran por lo que respecta a los detalles.

En el derecho alemán se encuentra una distinción con respecto de las cuestiones de nuevo conocimiento en apelación, por una parte se sitúa a las nuevas pretensiones y, por la otra, los nuevos medios de prueba. Las nuevas pretensiones pueden ser totalmente ajenas a la relación procesal de la primera instancia, como en el caso de la reconvención o en el de la compensación, para cuya interposición en apelación es necesario el consentimiento de la contraparte o la resolución correspondiente del propio tribunal (art. 529, Z. P. O.).

Sin embargo, las pretensiones que no son enteramente ajenas a la causa pueden hacerse valer en apelación. Según Schönke, una vez que se ha planteado en la primera instancia una acción declarativa, puede sustituirse en la segunda instancia por una acción de condena o viceversa.¹⁰ Las nuevas excepciones que se proponen en apelación son admitidas sólo cuando siendo dilatorias y debiéndose tener en cuenta únicamente a instancia de parte, sea posible demostrar que se omitieron en la primera instancia sin que hubiera mediado culpa o negligencia de la parte que las debió haber propuesto (art. 528, Z. P. O.).

Con relación a los nuevos sistemas de prueba y desde el punto de vista de las facultades del órgano que debe decidir sobre su admisión, nos encontramos con dos sistemas, a los que se podría denominar discrecional y taxativo o casuista. Por el primero se inclinan Alemania e Italia y por el segundo España.

Dentro del sistema impugnativo italiano se consideran como ajenas a aquellas nuevas pretensiones cuya causa u objeto es diverso del que originalmente contenía la demanda de primera instancia, consecuentemente, no se admite su proposición en la segunda instancia, por ejemplo, cuando en la primera se hubiera pedido la declaración de certeza del usufructo y en la segunda ins-

¹⁰ Cfr. Schönke, *op. cit.*, p. 312.

tancia se propusiera la declaración de certeza de la propiedad.¹¹ Sin embargo, no se consideran como nuevas pretensiones a las demandas de los intereses, los frutos y los accesorios que se hubieran producido después de la sentencia de primera instancia (art. 345 fr. 1a. C. P. C.). En estos casos, se deja al criterio del juzgador la decisión sobre la posibilidad de aceptar la proposición de nuevas cuestiones, pues se considera como facultad discrecional del juzgador.

En Alemania, donde no existe mayor formalidad en este respecto, basta con que el tribunal decida considerar procedentes los nuevos hechos y medios de prueba con fundamento en que la omisión no fue imputable a la parte que las propone, y siempre que no se trate de artimañas que persigan propósitos meramente dilatorios. La jurisprudencia ha establecido algunos casos en que reiteradamente se ha aceptado la proposición de nuevas cuestiones (hechos o pruebas) mismos que se describen a continuación.

1) Hechos supervenientes, que son aquellos que se han generado con posterioridad al momento en que se cerró el debate oral de la primera instancia; 2) hechos de nueva noticia, generados antes de la clausura del debate oral de primera instancia, siempre que la parte pueda acreditar que no pudo haberse enterado de su existencia antes de la clausura del debate; 3) por último en aquellos casos en que a la parte no le fue posible ponerlos a consideración del juzgado de primera instancia,¹² a pesar de haber conocido con anterioridad de la existencia de los hechos que pretende alegar en la segunda instancia.

Los incidentes sobre la admisión de los nuevos hechos y pruebas se deciden con audiencia de las dos partes y en caso de duda se admiten. La sustanciación del incidente de nuevos hechos y medios de prueba pueden provocar la suspensión del procedimiento, sin embargo, también es posible decidir sobre los mismos en la sentencia definitiva, especialmente cuando no se considera admisible.¹³ Contra la sentencia que desecha los nuevos hechos y medios de prueba se puede interponer la casación, en cambio, contra la resolución que los acepte no procede ningún recurso.

En un principio, el Código Procesal italiano de 1940 prohibía la proposición de nuevas cuestiones (pruebas, documentos y excepciones), a menos que se justificara la existencia de razones graves que hubieran impedido su interposición en tiempo. No fue sino hasta 1950 que se permitió la interposición de nuevas cuestiones en segunda instancia, sin necesidad de justificación, sancionando a la parte que los propone en forma extemporánea con las costas correspondientes (art. 345 fr. 2ª del C. P. C.).

¹¹ Cfr. Carnelutti, *op. cit.*, t. II, p. 229.

¹² Cfr. Rosenberg, *op. cit.*, p. 392.

¹³ Cfr. Rosenberg, *op. cit.*, p. 392.

La Ley de Enjuiciamiento Civil determina en forma precisa los casos en que procede la recepción de nuevas cuestiones en segunda instancia. Los principios generales del examen de nuevas cuestiones se encuentran regulados dentro de la sección segunda del título tercero del libro segundo, que trata sobre la apelación en los juicios de mayor cuantía.

El recibimiento a prueba en la segunda instancia debe solicitarse, por medio de un "otro sí", en el escrito con que las partes manifiestan su conformidad o inconvinción con la nota que elabora el secretario (art. 860 L. E. C.).

El recibimiento a prueba sin necesidad de solicitud se puede llevar a cabo desde que los autos se entregan a las partes hasta antes de la citación para la sentencia. Está regulado por el artículo 863, segundo inciso, donde se hace una remisión al artículo 506 de la tramitación de los juicios declarativos. Los casos en que de acuerdo al artículo 863 se puede pedir el recibimiento a prueba sin solicitud, son los siguientes: 1) la confesión judicial de la parte contraria sobre hechos que no hubieran sido objeto de examen en la primera instancia; 2) la presentación o solicitud para que se traigan a juicio documentos de fecha posterior a la demanda, denominados supervinientes; 3) documentos anteriores a la fecha de la demanda, pero respecto de los cuales la parte jure no haber tenido noticia, llamados de nueva noticia; 4) documentos que no hubiera podido adquirir la parte con anterioridad, por causa no imputable a ella. Para los efectos del recibimiento a prueba sin solicitud y, en el caso de documentos, no se consideran como tales las declaraciones testificales hechas ante notario (sentencia del 22 de junio de 1886).

En el artículo 852 se encuentran enumerados los casos en que cabe el recibimiento a prueba, previa solicitud. Dichos casos son los siguientes: 1) cuando la prueba se hubiera rechazado en primera instancia por considerarla impertinente el juez. No es admisible el recibimiento a prueba cuando no se hubieran agotado los recursos en contra de la resolución que la rechazó en primera instancia (sentencia del 2 de febrero de 1923); 2) cuando la prueba no hubiera sido practicada en segunda instancia por causas no imputables a la parte (sentencia del 27 de marzo de 1963);¹⁴ 3) en el caso de hechos supervinientes, es decir, que hubieren tenido lugar después de que se hubo cerrado el periodo de prueba en primera instancia, y siempre que sean relevantes para la decisión del asunto; 4) hechos de nueva noticia; 5) cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiera presentado, tanto en la segunda instancia como en la primera, después del periodo señalado para el recibimiento a prueba. En el último caso se admiten todas las pruebas

¹⁴ Si la parte no propuso la prueba con anticipación o no realizó las gestiones necesarias, se considera imputable a la parte el que la prueba no se hubiera presentado.

que proponga el que ha permanecido en rebeldía, siempre que sean pertinentes; pero, en los casos anteriores, la prueba se debe circunscribir al hecho a que se refiere el inciso respectivo.

El apelado puede impugnar el recibimiento a prueba que propone el apelante en el escrito que presenta junto con los autos, después de la instrucción, pero si es el apelado el que propone el recibimiento a prueba, debe notificársele al apelante para que en el plazo de tres días pueda impugnarlo (art. 869). Si las partes están conformes, la sala decide de plano sobre el recibimiento a prueba (art. 865). Cuando no hay acuerdo se trasladan los autos al magistrado ponente, y con el informe de éste la sala resuelve lo que corresponda (art. 866).

El recurso de súplica sólo procede en contra del auto que niega el recibimiento a prueba. Contra la resolución en súplica que confirme la denegación, procede el recurso de casación (art. 867). El recibimiento a prueba se tramita de acuerdo a las disposiciones de primera instancia (art. 868).

4. *Suspensión provisional.* La facultad del órgano de apelación para decidir sobre la ejecución provisional de la sentencia impugnada se origina en el principio del doble grado, en virtud del cual se otorga el mismo poder al juez de apelación que al de primera instancia. Por mucho tiempo, el órgano de apelación únicamente estuvo facultado para conceder la suspensión provisional de la sentencia que se hubiera dictado en la primera instancia, pero no así para revocar la ejecución provisional. El derecho común no autorizó al órgano de segunda instancia para revocar la ejecución provisional y el derecho francés conservó este estado de cosas, proyectando su influencia sobre otros ordenamientos, por ejemplo, el italiano. Actualmente, los tres sistemas facultan al órgano de apelación, tanto para conceder la suspensión, como para revocar la concedida.

En Alemania las sentencias pueden ser declaradas ejecutables, salvo las que recaigan en causas matrimoniales y en las de declaraciones sobre relación paterno-filial. Las ejecutables provisionalmente se dividen en dos conjuntos, dependiendo de que la ejecución provisional se conceda de oficio o a instancia de parte.

El tribunal de alzada debe decidir sobre la ejecución provisional de la sentencia impugnada (art. 718 Z. P. O.). Cuando se apela de una sentencia declarada provisionalmente ejecutable, el tribunal puede suspender la ejecución con caución o sin ella. La suspensión de la ejecución sin caución sólo puede otorgarse si se acredita que de no concederse se produciría un daño irreparable (art. 707 Z. P. O.). Cuando la sentencia no se hubiera declarado ejecutable provisionalmente, el tribunal puede declararla ejecutable con respecto de los puntos o extremos que no fueron objetados por el recurso, siempre que así lo solicite la parte interesada (art. 534 Z. P. O.). También

es posible declarar ejecutable la sentencia cuando el juzgador considere que el sometimiento de nuevas cuestiones obedece a propósitos dilatorios.

Por regla general, en España no se concede la suspensión provisional durante la apelación, lo que significa que la apelación no procedería en ambos efectos, sino en uno solo; el devolutivo. La apelación admitida con efecto devolutivo y suspensivo se denomina en la práctica, "admitida libremente", pero sólo procede en los casos en que expresamente lo permite la ley. Se da efecto suspensivo a la apelación en los siguientes casos, no obstante que la ley no especifique la aceptación del recurso en ambos efectos: 1) cuando se trate de sentencias definitivas, no importa el tipo de juicios, siempre y cuando no se indique expresamente que deba admitirse en un solo efecto; 2) cuando se trate de autos y providencias que se opongan a la prosecución del juicio y hagan imposible su continuación; 3) en el caso de autos y providencias que causen un perjuicio irreparable, en forma definitiva. Cuando en el caso anterior, el juez admita el recurso en un solo efecto, por considerar que el perjuicio no es irreparable, el apelante podrá pedir, en un plazo de tres días, que se admita el recurso en ambos efectos, siempre y cuando deposite fianza suficiente a satisfacción del juez, para cubrir las costas, daños y perjuicios, en caso de que el recurso no sea acogido (art. 385).¹⁵

El apelante que considere que la apelación fue indebidamente admitida en un solo efecto puede solicitar a la Audiencia que la admita en ambos. Tal solicitud debe presentarse ante la Audiencia dentro del plazo del emplazamiento, cuando la resolución impugnada sea sentencia; si se trata de un auto o providencia, dicha solicitud se debe interponer al momento de presentar los testimonios para mejorar la apelación¹⁶ (art. 394). La solicitud se tramita en forma de incidente y el tribunal le da vista a la contraparte para que exponga lo que a su derecho convenga, en el plazo de tres días. Terminado este plazo se decide sobre la solicitud (art. 395). Cuando el tribunal rechaza la pretensión se condena en costas al apelante (por el incidente); si se admite su pretensión, el tribunal de apelación solicita la remisión de los originales de las resoluciones impugnadas (art. 396).

El apelado, por su parte, puede solicitar que se admita en un solo efecto el recurso admitido en ambos. Al igual que en el caso anterior, se tramita en forma de incidente y, en el caso de que la resolución sea desestimatoria, la Audiencia manda regresar al juzgado las resoluciones o enviar copia para su ejecución, según sea el caso (art. 397).

El artículo 283 del Código de Procedimiento Civil de Italia concede a las partes el derecho a solicitar la suspensión de la ejecución o la revocación de la suspensión concedida. El juez instructor debe decidir en la

¹⁵ Reformado por la Ley del 21 de Diciembre de 1952.

¹⁶ En la práctica se conoce con el término de mejorar la personación en el emplazamiento.

primera audiencia sobre la petición de concesión, revocación o suspensión de la ejecución provisional. No obstante, cualquiera de las partes puede solicitar que se decida sobre la ejecución provisional antes de la primera audiencia. Cuando el juez instructor o el presidente del colegio, según sea el caso, estimen que la solicitud es justificada, por presentarse motivos de urgencia, cita a las partes para una audiencia de comparecencia y decide por medio de ordenanza sobre la ejecución provisional (art. 352). La ordenanza que decide sobre la ejecución provisional es impugnabile ante el colegio, en los mismos términos en que lo es la resolución que decide sobre la inadmisibilidad, la improcedencia o la extinción del procedimiento (art. 357), con la excepción de que en el caso de la reclamación contra la ordenanza que decide sobre la ejecución provisional, siempre se decide en cámara de consejo. La jurisprudencia sostiene que una vez ejecutada la sentencia no se puede pedir la suspensión, pero esto debe interpretarse con limitación a los casos en que la ejecución implique la imposibilidad de una reparación posterior.¹⁷

5. *Reenvío*. Una vez que el tribunal de segunda instancia ha producido su decisión definitiva acogiendo el recurso, se encuentra ante dos alternativas lógicas: pronunciar la nueva resolución y reponer el procedimiento que hubiera resultado anulado por depender de la resolución impugnada o remitir el juicio al tribunal de primera instancia, con el objeto de que sea éste el que proceda a dictar una nueva resolución.

El *iudicium rescidens*, como se denomina el procedimiento por el que se somete nuevamente a examen un asunto por haberse impugnado una o más resoluciones, finaliza con un fallo que acoge o desestima el recurso, declarando firmes o anulables las resoluciones impugnadas, según sea el caso, mientras que el *iudicium rescissorium* tiene por objeto reponer las resoluciones que fueron anuladas en el *iudicium rescidens*.

En Italia y España, el *iudicium rescissorium* generalmente se efectúa por el mismo órgano y sin que se establezca ninguna diferencia entre los dos procesos. Sin embargo, existen casos en que el tribunal de segunda instancia, después de haber anulado la resolución recurrida, retorna el juicio al órgano de primera instancia, para que sea éste el que dicte la nueva resolución.

Por el contrario, en Alemania la regla es el reenvío y la excepción que sea el mismo tribunal de segunda instancia el que efectúe el *iudicium rescidens* y el *iudicium rescissorium*. El reenvío se presenta en apelación cuando el juez de segunda instancia se limita a realizar el *iudicium rescidens*, devolviendo el asunto al juez de primera instancia, para que sea éste el que efectúe el *iudicium rescissorium*. La solución de Alemania favorece la des-

¹⁷ Cfr. Redenti, *op. cit.*, p. 123.

congestión de los órganos de segunda instancia, no sólo porque les exime de las gestiones y trámites que quedan a cargo del juez de primera instancia, sino también porque en algunas ocasiones el tribunal de segunda instancia se veía obligado a realizar las actuaciones que originalmente correspondían al órgano de primera instancia.

El reenvío se produce siempre que debido a la magnitud de lo anulado o debido al tipo de vicios que se aduzca con motivo de la impugnación, la reposición del juicio en sede de apelación equivaldría a privar a las partes de una segunda instancia; por ejemplo, cuando la infracción hubiera sido de tal gravedad que viciara todo el procedimiento de primera instancia, por lo que si en estos casos el órgano de apelación procediera a anular todo lo actuado, reponiendo el proceso y dictando las nuevas resoluciones, sin efectuar el reenvío, prácticamente se podría afirmar que el juicio se sustanció totalmente en segunda instancia, privándose a las partes de la primera instancia.¹⁸

En el artículo 538 se encuentra regulado el reenvío necesario, los casos que se encuentran enumerados en los incisos del mismo artículo son: a) cuando habiéndose declarado inadmisibile la oposición, el tribunal de apelación considera que se debió haber admitido; b) cuando alguna de las sentencias interlocutorias, producida con motivo de la interposición de excepciones dilatorias, fuera impugnada ante el tribunal de segunda instancia, ya sea que se hubiera rechazado o admitido la apelación en cuyo caso se debe reintegrar la causa al tribunal de primera instancia, para que éste siga su prosecución y efectúe el *iudicium rescissorium*; c) cuando el litigio hubiera sido sobre dinero o cosas fungibles, sobre el fundamento de la obligación y sobre el importe de la misma y el tribunal impugnado hubiera fallado sobre lo primero y no sobre lo segundo, en cuyo caso se reenvía el litigio para que el *a quo* realice el *iudicium rescissorium*. El reenvío facultativo cabe en los casos en que se haya cometido una grave violación del derecho procesal, tal puede ser, por ejemplo, cualquiera de las hipótesis contenidas en el artículo 551. Sin embargo, también pueden ser infracciones graves las violaciones al derecho de audiencia, por ejemplo, por no admitirse injustamente una modificación de la demanda.¹⁹

El artículo 540 fue derogado en la época de la que datan la mayoría de las traducciones de las obras de los autores alemanes, pero entró nuevamente en vigor. Esta disposición señala que en los casos de los artículos 538 y 539, el tribunal de apelación podrá abstenerse de devolver la causa, pudiendo resolverla él mismo. De esta manera se amplía el reenvío facultativo, no sólo al artículo 539, como originalmente estaba previsto, sino también al

¹⁸ Cfr. Goldschmidt, *op. cit.*, p. 415.

¹⁹ Cfr. Rosenberg, *op. cit.*, p. 399.

artículo 538, que antiguamente sólo contenía las hipótesis de un reenvío necesario. La economía procesal es el criterio para determinar si se ha de efectuar el reenvío, o si el tribunal de apelación deberá realizar tanto el *iudicium rescidens* como el *iudicium rescissorium*.²⁰

Cuando el *ad quem* es un tribunal regional el reenvío se efectúa al juzgado, cuando la sentencia es de un tribunal regional superior el reenvío se dirige al tribunal regional, pero en ambos casos, puede enviarse a una sala de lo civil distinta de la que produjo la resolución. La resolución de apelación vincula al órgano de reenvío,²¹ porque el contenido de la sentencia de apelación constituye una dirección obligatoria para la decisión del *iudicium rescissorium* que debe efectuar el órgano al que la causa es reenviada. El contenido de la resolución en apelación vincula al órgano *a quo*, porque el tribunal impugnado no puede producir otra resolución idéntica a la impugnada bajo las mismas circunstancias en que produjo la primera, excepción hecha del caso en que, por el contenido de la sentencia de apelación, resulta necesario que se resuelva en forma diferente en el nuevo juicio; por ejemplo, puede darse el caso de que a pesar de ser revocada la sentencia del órgano apelado, otros elementos o nuevos hechos puedan provocar una resolución igualmente desfavorable para el que apeló, es decir, que la obligación de fallar en la forma que lo indica el tribunal de alzada se restringe a las cuestiones sometidas a impugnación. Cuando se impugna una sentencia por alguno de sus fundamentos, no se puede deducir que del hecho de que la sentencia haya sido revocada respecto del motivo impugnado y que la apelación hubiera resultado fundada, el fallo debe ser positivo para el apelante, pues si el resto de los motivos que no fueron impugnados fuesen suficientes, de todas maneras se confirmaría la sentencia de primera instancia.

En Italia, la regla general consiste en la resolución del negocio en sede de apelación, debido a que se sigue el principio de que la validez se incorpora dentro de la justicia. El reenvío se efectúa como excepción, en los casos en que taxativamente lo prescribe la ley. Los casos en que se dispone el reenvío obligatorio están contenidos en los artículos 353 y 354 y son los siguientes:

1) Cuando la infracción afecte las normas que rigen la jurisdicción o la competencia y hubieran provocado una resolución errónea. También se efectúa el reenvío de la causa cuando el pretor hubiera pronunciado una reforma en materia de competencia del conciliador, ya que en este caso no se dispone la regulación necesaria de la competencia;

2) Cuando la notificación o la citación hubieran sido nulas, ya que en

²⁰ Cfr. *ibidem*.

²¹ Según sea el caso será un juzgado o un tribunal.

el caso de no convalidarse posteriormente, se podría declarar la contumacia injustamente;

3) Si el contradictorio no se constituyó de acuerdo a las disposiciones de los artículos 331 y 332, o en los casos en que una de las partes hubiera sido excluida de la primera instancia injustificadamente; y, por último,

4) También en los casos en que la sentencia de primer grado carezca de firma (art. 161).

La instancia de apelación caduca si no se reanuda el procedimiento de primera instancia dentro de los seis meses que siguen a la notificación de la sentencia que ordena el reenvío, pero si se interpusiera la casación contra esta sentencia se suspende el transcurso del plazo (art. 553).

El derecho español dispone la realización del *iudicium rescissorium* a cargo del órgano de segunda instancia. Al igual que en Italia, el reenvío se efectúa en contadas ocasiones y aun en menor proporción que en el derecho italiano. Los casos que a continuación se relacionan, se refieren exclusivamente a la apelación contra las sentencias y autos dictados en incidentes y procesos especiales.

La sentencia de apelación puede absolver en la instancia, sin decidir sobre el fondo, cuando acoge una excepción dilatoria que el juez *a quo* había rechazado. Sin embargo, cuando el órgano superior rechaza una excepción dilatoria que había sido acogida en una resolución impugnada exitosamente en apelación, no se efectúa un reenvío al juez *a quo*, sino que se pronuncia sobre el fondo con una sentencia ajustada a derecho. Cuando en los juicios seguidos ante los órganos de la justicia municipal la impugnación por vicios esenciales de forma es estimada por un juzgado de segunda instancia, se revocan los efectos de la resolución impugnada y se restablece el juicio al estado que guardaba antes de que se cometiera la violación, para que el juez *a quo* reponga el procedimiento y dicte una nueva sentencia. Pero si el *ad quem* encuentra que el *a quo* carecía de competencia objetiva, simplemente anula la resolución impugnada, no dicta una nueva sentencia ajustada a derecho, ni reenvía la causa al órgano inferior, sino que deja a las partes en libertad de concurrir al órgano jurisdiccional a quien corresponda la competencia. Sucede lo mismo cuando se estima el recurso de nulidad (art. 495), que se interpone en los juicios de menor cuantía (art. 703).