Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 181
AÑO LV
ENERO - JUNIO
1987

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA ORDEN DE NO INNOVAR

HECTOR OBERG YAÑEZ
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Concepción

Un somero examen de nuestra legislación procesal positiva permite llegar a la conclusión que la orden de no innovar no se encuentra establecida en forma sistemática y ningún texto la define, ni indica sus características, su ámbito de aplicación y, lo más trascendente, cuáles son sus efectos. Las referencias que se señalan en el art. 204 del Código de Procedimiento Civil —alusivas al recurso de hecho— o en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo del Recurso de Queja, no entregan la fisonomía procesal, ni el alcance que debe atribuírsele a esta medida.

Un autor argentino, dando un concepto de la institución en cuestión, señala que es "una medida precautoria dictada por un órgano jurisdiccional, con ocasión de haberse interpuesto una acción o ciertos recursos, intimando a cualquiera de las partes o al tribunal inferior que se abstenga de alterar, mientras dure el pleito, el estado de las cosas sobre las que versa o versará el litigio, o que se abstenga de cumplir la resolución recurrida".

Atendiendo al sentido natural y obvio de la expresión "orden de no innovar", es "no hacer nada nuevo, no mudar o alterar las cosas introduciendo novedades". Algo análogo a lo que acontece con el efecto suspensivo del recurso de apelación, si bien entre ambas figuras procesales hay notorias diferencias.

Del concepto de Linares aparece que la misma finalidad que se ha tenido en consideración con las medidas precautorias —la de asegurar el resultado de la acción—, se da también en la orden de no innovar —asegurar el resultado de un recurso—. ¿Y cómo se asegura el resultado de la acción o de un recurso? Afectando ciertos bienes que servirán posteriormente para facilitar el cumplimiento de lo fallado; o bien, paralizando el procedimiento a fin de que no se lleve a efecto gestión alguna que tienda a cumplir la resolución objetada. Empero, ambas se generan de un mismo hecho o circunstancia, cual es la producción de un perjuicio eventual, un peligro o mal que está por acaecer y cuya ocurrencia se pretende evitar. Es decir, ambos institutos tienen en común un elemento teleológico.

Cabe mencionar que la expresión "no innovar" no fue ajena al Derecho Romano, y era un efecto de la *litis contestatio*. En efecto, en virtud de ésta, el demandado quedaba privado de la facultad de poder disponer de la cosa litigiosa que, si era vencido, tenía que restituir al actor en el estado en que se hallaba al inicio del litigio. *"Litis pendente, nihil innovatur; omnia in suo status esse debent res finiatur"*. Y de allí pasó a ser un principio general del Derecho Español, que se deriva de las Leyes 13, 14 y 17, Título 7° de la Partida 3a. Aparece entonces que es de la esencia mantener una situación de hecho, no produciendo ningún tipo de alteración o modificación en la *litis*. "Dejar las cosas en el estado en que se encontraban en un determinado momento" (Hugo Alsina), o bien, "pendiente el pleito, las partes no pueden innovar en el estado de la cosa o derecho litigioso" (Bibiloni). Sin embargo, y a la luz de nuestro derecho, la prohibición de innovar no impide la enajenación de la cosa litigiosa, por lo que deberá solicitarse, al mismo tiempo de presentarse la demanda o en forma previa, una medida cautelar. Eso sí que de acuerdo al art. 1464 N° 3 del Código Civil hay un objeto ilícito en la enajenación "de especies cuya propiedad se litiga..."

Lo que se pretende es evitar el peligro que surge de una resolución, que se traduciría en un daño jurídico, y que no puede ser obviado con la sola concesión de los recursos ordinarios, por la lata tramitación que ellos tienen corrientemente. Este peligro derivado del retardo, que Calamandrei denomina *"periculum in mora"*, justifica la toma de medidas extraordinarias, que rápidamente den una solución que satisfaga al reclamante, y que le permitirá seguir gozando de la situación de hecho que tenía al momento de

Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dictarse la resolución cuestionada, y que no causa un perjuicio al contendor. Y esta prevención en nuestro derecho se logra a través de la orden de no innovar, que constituye "una especie de medida precautoria, que da entretanto y de modo provisorio a la parte recurrente una seguridad de su derecho" (Raúl Varela Porte), y agregamos, dontro de la causa en que ella se decretó.

Por ella se inmoviliza una determinada y específica situación fáctica y jurídica y tal requisitoria deberá contener los datos específicos que alejen toda duda de la finalidad o resultado que busca el juzgador. Y como lo ha reconocido la jurisprudencia argentina (Sentencia del 30 de abril de 1985, de la Cámara Nacional Civil, sala C, publicada en la Ley de 5 de septiembre de 1985) mediante la "prohibición de innovar, no se puede llegar al extremo de interferir el cumplimiento de pronunciamientos judiciales firmes, pasados en autoridad de cosa juzgada, ni impedir el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para saber los reclamos que el acreedor entiende legítimos, ... de aceptarse tal criterio se estaría coartando la libertad de promover una acción judicial, en la cual quien resulte demandado podrá oponer las excepciones que correspondan para ejercer eficazmente su derecho".

En esta orden de no innovar pueden observarse varias particularidades, que guardan similitud con aquellas de las medidas asegurativas, y que se encuentran íntimamente vinculadas entre sí, pero, a la vez, con ciertos matices que les son propios. Entre ellas es posible mencionar las siguientes: el ser dependiente, transitoria, provisional, facultativa, rápida, objetiva, es pasiva y no importa un prejuzgamiento.

Ser dependiente o accesoria la orden de no innovar significa que no constituye un fin en sí misma, sino que se genera al servicio de una resolución principal, preordenándose a ésta, asegurando de este modo preventivamente su resultado práctico. Ahora bien, de ser accesoria se sigue como consecuencia que ella termina por la extinción de la resolución principal. No obstante de que el tribunal pueda ponerle fin independientemente y en forma anticipada, si aparecen antecedentes que así lo justifique. Además, considerando su carácter accesorio, debe estar vinculada, según corresponda, al ejercicio de una acción o a la interposición de un recurso, sea que se impetre simultáneamente con ellos, o bien una vez que hayan sido legalmente interpuestos. Y por último sobre este aspecto, y aunque resulta obvio registrarlo, no cabe subordinar lo principal a lo accesorio.

En cuanto a que sea transitoria, se quiere indicar con ello que los efectos de dicha orden son temporales, pues su existencia, como se ha anotado, depende de una resolución principal, y su vigencia no podrá exceder más allá del fallo del asunto principal, siendo impertinente a este respecto el contenido del mismo. Igual predicamento surge del texto del art. 204 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que si se dispuso esta orden en base a los antecedentes que oportunamente se hicieron valer, es factible que con posterioridad aparezcan nuevos antecedentes que demuestren la innecesidad de que tal orden subsista, y el tribunal estimándolo así haga cesar la referida orden anticipadamente. En otros términos, esta orden no está subordinada al simple transcurso del tiempo, sino que al acaecimiento de un hecho posterior: fallo del recurso o existencia de nuevos antecedentes. La transitoriedad envuelve, entonces, la idea de un evento causal.

Siguiendo con el análisis de estas características, cabe expresar que al ser esta orden una especie de medida precautoria, asume el carácter de provisional, distintivo propio del instituto cautelar. Por ende, "los efectos jurídicos de la providencia cautelar tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otras providencias jurisdiccionales, que en la terminología común se indican con la calificación de definitiva" (Mario Rojas Rodríguez). Esto es, lo provisional es una noción meramente cronológica.

Lo facultativo de esta medida queda de manifiesto en la actitud que puede asumir el tribunal frente a la petición que se le formula, pues él es totalmente soberano para ponderar los antecedentes que el interesado haga valer en su presentación, y decidir según su apreciación si otorga o no la orden. Así también se desprende del art. 204 del Código de Procedimiento Civil, que utiliza el verbo poder en un tiempo futuro, con lo que está manifestando por cierto una facultad meramente potestativa, discrecional y que le compete sólo al órgano juzgador, excluyendo, entonces, toda posibilidad de obligación para éste.

Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para la eficacia de la orden, es decir para que pueda precaver posibles alteraciones en la *litis,* es preciso que sea otorgada con el máximo de celeridad. Sólo así se impedirá la realización de actos perjudiciales que pueden estar realizándose o ser de inminente ejecución. En el hecho, el tribunal superior que concede una orden de no innovar la hace saber, de inmediato, al inferior, mediante una comunicación, para que se abstenga en la prosecución de la causa, operando así el brocardo *"omnia in suo status" in actum,* so pena de invalidez de lo obrado en caso contrario.

Acerca de la objetividad de la orden, que es otra de sus particularidades, simplemente se quiere significar que el tribunal para decretarla debe examinar los antecedentes que el peticionario presente y que sirvan de fundamento a la propia medida, sin que ese examen se extienda al fondo del asunto principal, y al cual está accediendo la orden. En tal sentido hay que entender la objetividad indicada.

En cuanto a que no pueda decretarse de oficio por el órgano juzgador, no es sino aplicación del principio de pasividad existente en nuestro sistema procesal, a lo que puede añadirse que siendo esta orden una especie de medida cautelar, se le aplica el art. 290 del Código de Procedimiento Civil que requiere, precisamente, petición de parte para que tales medidas puedan decretarlas los tribunales. A mayor abundamiento, el art. 6 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de queja, textualmente indica que "formulada petición para que se conceda orden de no innovar...", que ahorra todo comentario sobre el particular.

Y, por último, no constituye prejuzgamiento, esto es, el órgano juzgador que ha decretado la orden no está constreñido posteriormente por esta concesión a acoger lo pedido en forma principal. Por ende, la orden en sí no es un antecedente que pueda tener influencia en un fallo favorable a la resolución principal, amén de que ella, como se ha señalado, puede quedar sin efecto en cualquier instante, y aun oficiosamente en el caso del recurso de queja, en la situación prevista en el N° 8 del respectivo Auto Acordado.

Como fundamento de la existencia de esta orden, indica Juan Francisco Linares que "es el asegurar un relativo pie de igualdad entre las partes, afirmar la buena fe por las mismas, evitar daños irreparables, facilitar el buen orden procesal y económico y evitar que las partes se hagan justicia por su mano". Concretamente, en nuestro Derecho Procesal puede decirse que el fundamento mediato descansa en la necesidad de suspender o impedir el cumplimiento de una resolución abusiva, y que el inmediato será diferente, dependiendo de la naturaleza de la acción o recurso en que se formule, pudiéndose limitar o ampliar en consideración al derecho que se intenta proteger, si ello es conveniente y evita perjuicios innecesarios.

Cabe señalar que en nuestros códigos de enjuiciamientos u orgánico no se menciona en forma sistemática cuáles son los requisitos que permiten la procedencia de la orden de no innovar. Sólo el art. 204 del Código de Procedimiento Civil requiere de antecedentes que la justifiquen. Es la doctrina, a este respecto, la que se encarga de mencionar los siguientes requisitos de procedencia:

— Existencia de una razón jurídica
— Posibilidad de una lesión grave
— Posibilidad de un daño inminente
— Petición fundada

El primero de estos requisitos quiere decir que el derecho invocado por el peticionario sea verosímil *prima facie,* y no es sino una aplicación del aforismo *"fummus bonis juris",* esto es, que aparentemente exista una razón legal valedera para decretarla.

En cuanto a lo segundo, se desea significar que de no concederse la orden, la contraparte llevará a cabo actos perjudiciales graves, lo que a su vez importaría quebrar el pie de igualdad en que deben encontrarse los litigantes en la causa. Para Linares se está frente a una lesión grave en los siguientes casos: 1) Cuando el actuar de las partes, materializándose en actos o hechos, puede causar un daño irreparable, siendo éste el daño cuya estimación en dinero constituye una suma desproporcionada con respecto a la solvencia real y efectiva del agente que causa el daño. 2) Cuando la realización de ciertos actos o hechos de las partes puede alterar el equilibrio que debe encontrarse en el pleito. 3) Cuando la realización de ciertos

Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hechos o actos de las partes complica en forma tal la situación existente, que la sentencia se vería dificultada por cambios producidos en el transcurso del proceso.

En lo que respecta al daño inminente, éste debe estar pronto a suceder, o que constituya una amenaza o que se vaya a ejecutar en un plazo, y que se deriva "del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva" (Calamandrei), pudiendo entonces transformarse el daño temido en daño efectivo. En tanto que dictándose esta orden se impide que se perfeccione el daño temido.

Al decir del art. 204 del Código de Procedimiento Civil, quien solicite una orden de no innovar debe fundarla con antecedentes que la justifiquen, so pena, si así no se hiciere, de fracasar en la gestión. Particularmente se basará en el daño contingente, a que hacíamos alusión precedentemente, derivado de la alteración de una situación de hecho originada en una resolución judicial abusiva. Indudablemente que habrá un nexo estrecho entre los fundamentos del recurso y los de la orden de no innovar, y por lo regular los primeros van a servir de justificativos a los segundos. Empero, para la queja, según el art. 536 del Código Orgánico de Tribunales, es menester precisamente la existencia de un mal, al que hay que poner pronto remedio.

En cuanto a la naturaleza jurídico-procesal de esta resolución, es la de un auto. A esta conclusión llega tanto la doctrina como la jurisprudencia, toda vez que la legislación nada expresa sobre el particular, puesto que, como se ha dicho, esta orden de no innovar importa una especie de medida cautelar, y éstas, según nuestro Código de Procedimiento Civil, se tramitan como incidentes, los que a su vez se resuelven por medio de una sentencia interlocutoria o de un auto. Y es indudable que al tenor del texto del art. 301 del Código de Procedimiento Civil ese fallo no puede revestir el carácter de una interlocutoria, y "está indicando que las resoluciones que las conceden o deniegan no declaran un derecho permanente, sino que uno esencialmente provisional, supuesto que permanente es lo estable, constante e invariable, y provisional, lo que se dispone o manda interinamente" (R., t. XXV, 2ª parte, secc. 1ª, pág. 286, voto disidente don Humberto Trucco). Por lo demás, y en lo que respecta al recurso de queja y queja propiamente tal, el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, de 6 de noviembre de 1972, en su numerando vigésimo, indica que "la afectada podrá pedir reposición de las resoluciones... que se promuevan durante su tramitación...", y de acuerdo con lo prescrito en el Código de Enjuiciamiento Civil, normalmente sólo los autos y los decretos son susceptibles de verse afectados por este medio de impugnación.

Ahora bien, este auto será siempre fundado y motivado sólo "en cuanto la naturaleza del negocio lo permita", debiendo en este caso expresar las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la decisión y enunciación de las leyes, o en su defecto los principios de equidad, con arreglo a las cuales se pronuncia aquélla (art. 171 Código de Procedimiento Civil). La referida resolución podrá ser impugnada, como se dijo anteriormente, por medio del recurso de reposición, y excepcionalmente por un recurso de apelación, subsidiario de aquél, cuando altere la sustanciación regular del juicio o bien recaiga sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley. Para la queja y el recurso de queja, el Auto Acordado mencionado con antelación manifiesta en su N° 20 que puede pedirse reposición de las resoluciones —no indica límite en cuanto a la naturaleza de ella— que recaigan en ellos, así como "de las que se pronuncien durante su tramitación", frase comprensiva de la orden de no innovar, y sin perjuicio de que el fallo definitivo sea susceptible de apelarse, según el N° 17 de la Acordada en referencia. Lo que sí es menester tener en cuenta en este numerando, es que este recurso debe intentarse en el término de cinco días contados desde que se "dictó" la respectiva resolución, y no desde que ella se notifica. Sobre el particular, consideramos que la Corte Suprema, en este aspecto, excedió sus facultades, pues no puede derogar mediante un Auto Acordado una ley —el art. 38 del Código de Procedimiento Civil— que indica que "las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella", y podría argüirse por consiguiente la inconstitucionalidad de dicho numerando en esta parte.

Asimismo, esta resolución que recae sobre una orden de no innovar sigue la regla general de poder ser atacada por un recurso de queja, salvo que ella sea emitida por la propia Corte Suprema.

Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Decretada una orden de no innovar, el efecto primordial que ella produce es la de suspender, paralizar la función jurisdiccional del órgano juzgador en la causa en que ella incide, "de manera que el juez no puede realizar ninguna actuación, ni las partes hacer gestión alguna, suspende los poderes del juez impidiéndole provisionalmente seguir actuando en el proceso, en términos de que él no podrá siquiera proveer las solicitudes de las partes porque de hacerlo incurrirá en una falta susceptible de ser corregida disciplinariamente por su superior jerárquico y sus actuaciones son nulas" (R., t. LVIII, 2ª parte, secc. 1ª, pág. 332). Desde luego que el contenido de este fallo hay que entenderlo en la medida de que esta orden cautelar se disponga en términos generales, absolutos, sin limitación alguna —Nº 7 del Auto Acordado—; toda vez, que también es dable que se decrete en forma especifica o especial, limitándola a ciertas actuaciones o materias o tiempo. En todo caso, y no encontrándose designada en la ley la forma en que debe disponerse la concesión de ella, queda entregado al libre criterio del tribunal disponerla de una u otra manera. Empero, el aludido fallo nos parece que no se ajusta a derecho en aquella parte que expresa "... ni las partes hacer gestión alguna...", pues la orden de no innovar no impide a las partes ejercitar el derecho para el cual tienen un término fatal, toda vez que la orden no está dirigida a ellas, no tienen prohibición de ejercitar sus derechos en el proceso, y no violan ningún deber legal, ni se exponen a sanción alguna, si ejercitaren su derecho. Por el contrario, si así no lo hicieren se encontrarán en situación de no poder hacerlo con posterioridad, pues el plazo fatal ya iniciado seguirá corriendo normalmente hasta su extinción. Otra cosa será que el tribunal no pueda emitir pronunciamiento sobre la solicitud que se le presenta, por estar en vigor una orden de este tipo. Asimismo, esta orden no puede llegar a tener el efecto de impedir, postergar u obstaculizar el ejercicio de legítimos derechos de terceros.

A lo anotado, puede agregarse que esta orden "tiene asimismo la consecuencia de hacer suspender los plazos que se encuentran pendientes en autos" (Fallos del Mes, V. III, 1961-1962, sent. 5, pág. 177). Sin embargo, y al respecto es necesario formular algunos distingos, pues lo que se registra en el fallo no es absoluto. Efectivamente, tiene total aplicación respecto del plazo fijado judicialmente, en virtud de lo resuelto por el superior jerárquico, y será entonces la justa causa a que alude el art. 67 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil, que justifique la solicitud de prórroga de este tipo de término. Además, en el recurso de queja se indica que la orden de no innovar que pueda disponerse "no suspende el curso de los plazos fatales que hayan comenzado a correr...", lo que permite concluir que sí acarrea la suspensión de los otros tipos de términos y de los fatales no iniciados. Con todo, y en estricto derecho lo que realmente acontece es que aquellos plazos legales no fatales no se suspenden por la orden de no innovar, pues lo que sucede es que al paralizarse temporalmente la actividad jurisdiccional del juez en la causa respectiva, se impide que éste declare la correspondiente rebeldía y, por ende, se impide la extinción de los términos mencionados. Mas, una vez que esta orden cese, podrá llevarse adelante legítimamente el trámite de que se trate aun cuando el plazo haya vencido, siempre que no se haya declarado evacuado ese trámite en rebeldía.

Si se trata de un plazo legal fatal, la orden de no innovar suspende su inicio, pero no el curso de los que comenzaron a correr antes de comunicarse dicha orden. La razón de esta situación se encuentra en el art. 65 del Código de Procedimiento Civil, que indica que "los términos comenzarán a correr para cada parte desde el día de la notificación" y que si el término es común "se contarán desde la última notificación...", de modo entonces que si no se practicó en su oportunidad esta notificación, ella no podrá verificarse por impedirlo el efecto de paralización de toda actividad jurisdiccional derivado de la referida orden. En cambio, si este plazo ya se inició, "la orden de no innovar no influye, ni puede influir en nada en el curso de estos plazos que siguen corriendo con prescindencia total de la orden que los tribunales puedan decretar, porque su existencia y curso la deben a la ley" (R., t. 58, secc. 2ª, pág. 243).

En general, puede decirse que los efectos que produce la orden de no innovar sólo se dan para el futuro, y desde el instante en que al tribunal afectado por ella se le comunica dicha orden y éste tome conocimiento. El vocablo "comunicación" que se utiliza en el Nº 7 del respectivo Auto Acordado hay que entenderlo en su sentido natural y obvio, que según el Diccionario de la Real Academia es, en una de sus acepciones atinentes a la materia, "papel escrito en que se comunica alguna cosa oficialmente", vale decir,

Artículo: La orden de no innovar
Revista: Nº181, año LV (En-Jun, 1987)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

será el oficio común y corriente, el telegrama o télex el que cumplirá el objetivo de hacer saber al juez que se ha decretado esta orden. Y únicamente en la medida de que el juez tome ese conocimiento, operarán los efectos de la citada orden, pues aquellas diligencias, actuaciones o trámites ejecutados con anterioridad tendrán plena eficacia y valor, sin perjuicio de que eventualmente les afecte lo resuelto, si son una consecuencia directa e inmediata de la resolución impugnada. La suerte de las futuras dependerá obviamente de la extensión con que haya sido otorgada la orden, vale decir si lo fue en términos generales o parciales.

Por último, esta orden de no innovar puede extinguirse por medios directos e indirectos. A través de los primeros, por la revocación o cancelación emanada del propio tribunal que la ha concedido o por su superior jerárquico, si le corresponde a éste su conocimiento por los medios de impugnación pertinentes. En tanto que los segundos, son una consecuencia de la terminación del asunto principal, la que, a su vez, podrá investir el carácter de normal o anormal, según se trate del fallo del mismo, o bien de un desistimiento de la demanda, de un abandono de la instancia o de una transacción, entre otras.