

Año I

Marzo de 1934.

Revista de Derecho

SUMARIO.

Editorial.

Ética Profesional

Alfredo Larenas

Algo sobre las Acciones Judiciales

Humberto Bianchi V.

La Adhesión a la Apelación

Alberto Herrera Arrau

Sobre la Teoría del Reembargo

JURISPRUDENCIA.—*Sobre Aplicación del Código del Trabajo*

LIBROS Y REVISTAS

LEYES Y DECRETOS

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN - Chile

Humberto Bianchi

La Adhesión a la Apelación

DEFINICION

ADHERIRSE a la apelación, dice el art. 441 del Código de Procedimiento Civil, es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte en que la estime gravosa el apelado.

Se requiere, pues, para la procedencia de este recurso que se haya dictado una sentencia, que este fallo haya sido ya objeto de una apelación y que el adherente lo encuentre también gravoso en parte para sus intereses. A lo cual puede agregarse que se exige, además, que la adhesión se formule en tiempo y forma.

DISTINCION CON LA SEGUNDA APELACION

2.—Cualquiera de las partes que se considere agraviada con el fallo de primera instancia puede formular en su contra el recurso de apelación a que se refieren los arts. 209, 212 y 213 del Código citado, recurso que debe necesariamente interponerse dentro de los cinco días siguientes a la respectiva notificación,

El hecho de que otra de las partes haya deducido antes el mismo recurso no empece al derecho del litigante que, dentro del plazo que la ley le confiere, se alza contra la sentencia por las vías legales.

La apelación de este segundo apelante es en nuestro derecho absolutamente independiente de la del primero y en nada se relaciona con aquella.

El juez de primera instancia debe pronunciarse sobre esta segunda apelación sin tomar para nada en cuenta la primera. No puede entenderse siquiera que por haber concedido antes la primera apelación en ambos efectos, suspendiéndose por lo tanto su jurisdicción para seguir conociendo de la causa (art. 214), estuviera inhibido para pronunciarse sobre las apelaciones posteriores. Se trataría en ese caso de la aplicación del precepto del inciso 2.º del art. 214, que faculta al juez, no obstante la concesión de una apelación en ambos efectos, para entender en todos los asuntos en que por disposición expresa de la ley conserve jurisdicción, y especialmente, en las gestiones a que dé origen la interposición del recurso.

Si por haberse ya elevado el proceso al tribunal de segunda instancia para que conozca del recurso primeramente interpuesto, el de primera se limitase a remitir a aquél la nueva solicitud de apelación, sin pronunciarse sobre ella, el tribunal superior deberá devolver todos los antecedentes al inferior, para que éste conceda o deniegue la segunda apelación, según proceda, pues no podría el tribunal de segundo grado conocer de una apelación que no ha sido legalmente concedida, ni la mera elevación de los antecedentes puede significar la concesión del recurso, ni el hecho de haberse ya remitido los autos puede privar a un litigante, que se encuentra dentro del plazo legal, del ejercicio de su derecho de apelar.

Tanto la primera apelación como las posteriores, deducidas dentro del término fijado por el art. 212, resultan de un derecho del litigante, y aun de terceros interesados, que no está subordinado al ejercicio de los derechos que corresponden a los demás litigantes. Todas las apelaciones interpuestas dentro de término tienen, pues, vida independiente, y sólo se las distingue para efectos de orden, como ocurre en el caso del art. 440, inc. 3.º, según el cual cada expresión de agravios debe tramitarse con

La Adhesión a la Apelación

17

audiencia de todas las partes que figuran en la causa, y en el orden en que se hubieren interpuesto los respectivos recursos. Análoga es la disposición del art. 448, inc. 3.º que señala el orden en que deben hablar los abogados en la vista de la causa en el caso de haber varios apelantes.

La apelación interpuesta fuera de término debe ser denegada o declarada improcedente, aun cuando la formule el apelado. La declaración de improcedencia debe ser hecha de oficio por el juez de primera instancia. Y si por cualquier motivo el juez concede una apelación extemporánea, el tribunal de segunda instancia la debe declarar de oficio improcedente, en cumplimiento de las prescripciones de los arts. 219 inc. 2.º y 438 del Código de Procedimiento Civil.

Nada de esto ocurre con la adhesión, que puede sólo deducirla el apelado, y que puede interponerse, como ocurre generalmente, después de transcurrido el plazo fatal en que pudo apelar libremente, sin que el juez tenga por qué conceder este nuevo recurso.

ANTECEDENTES HISTORICOS

3.—Antes de la promulgación del Código de Procedimiento Civil, la adhesión o adherimiento a la apelación existía en la práctica (1), como ocurría también en España, discutiéndose aquí y allá si este recurso debía o no su existencia a una ley de Justiniano (2).

Curioso es anotar que en Francia el recurso similar a nuestra adhesión, llamado allá apelación incidente, se introdujo en la práctica antes que lo autorizara la ley. "La apelación incidente, escribe un autor, no se encuentra mencionada ni en la Ordenanza de 1667, ni en las leyes que vinieron después hasta el Código de Procedimiento Civil. Existía sin embargo en la práctica de algunos tribunales, y especialmente en las provincias de Flandes". (3)

(1) Lira, «Prontuario de los Juicios», tomo I. 5.ª edición, No. 457

(2) E. de Tapia, «Febrero Novísimo», Valencia 1826, tomo IV, No. 9

(3) Dalloz, «Répertoire», Paris 1846, tomo IV, V.º Appel incident, No. 7

El Proyecto de 1884 autorizaba la adhesión a la apelación, pero únicamente en segunda instancia, tal como era entonces la práctica.

De manera que por el sólo hecho de no poder formularse este recurso sino en segunda instancia, era obvio que sólo podía usarlo el apelado cuando ya había vencido para él el plazo fatal dentro del cual habría podido deducir apelación independiente.

Pero la Segunda Comisión Redactora del Código de Procedimiento introdujo la idea de permitir la adhesión aún en primera instancia, idea que está contemplada en el art. 442 del Código, y con esa modificación bien puede presentarse el caso de que el apelado ejercite su derecho de adherirse a la apelación contraria cuando todavía esté pendiente aquel plazo.

FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN LA ADHESION

4.—El apelado que se limita a adherirse a la apelación contraria, sin interponer recurso independiente por su parte, le ofrece implícitamente al contendor tener por bueno lo resuelto por el juez de primer grado, conformarse con ello y terminar de una vez el litigio.

Por lo común se adherirá cuando ya no pueda apelar por su cuenta por haber vencido el término dentro del cual pudo hacerlo. (4)

Esta concesión de la ley en favor del apelado que se conforma con lo resuelto por el juez de la causa está fundada en razones de equidad y de conveniencia.

La parte que no apela del fallo y se conforma con él, no obstante que no le es del todo favorable, lo hace por creer, quizá, preferible terminar de una vez el litigio; pero se ha entendido que lo hace bajo la implícita condición de que su contendor no apele tampoco y se avenga también a cumplir la senten-

(4) Generalmente se afirma que solo puede adherirse el apelado que ha dejado transcurrir el plazo dentro del cual pudo apelar. Véanse «Explicaciones de Derecho Procesal, dictadas en clase por don Manuel Antonio Maira», tomo II, Santiago 1923, pág. 43. «Los Recursos Procesales», apuntes tomados en clase de don Fernando Alessandri, por Clemente Pérez y Alejo Sagredo, Santiago 1933, pág. 32. «Los Recursos Legales», por Carlos Cofré Meza, Santiago 1928, pág. 116, No. 165

La Adhesión a la Apelación

19

cia. Si así ocurre se evitarán las partes la nueva discusión de la segunda instancia, con sus consiguientes gastos, zozobras y trabajos.

Pero desde el momento en que el contrario se alza contra el fallo de primera instancia y renueva la litis, resulta fallida la implícita condición a que nos hemos referido. Se ha abierto de nuevo la discusión por obra de uno de los contrincantes y es equitativo permitir al otro, aun cuando ya no esté en tiempo de formular apelación principal, que aproveche la nueva etapa del juicio, así como los desembolsos y molestias que demandará la segunda instancia, requiriendo por su parte la reforma de la sentencia apelada en cuanto a él lo agravia.

De este modo se propende a la pronta terminación de los pleitos. Por una parte, todo litigante que no haya visto enteramente cumplidos sus deseos con la sentencia de primera instancia, sabe que si apela de esa resolución para lograr su enmienda de acuerdo con sus intereses, por ese mismo hecho confiere a su contendor el derecho de adherirse a su apelación, aun cuando hayan transcurrido cinco días desde su notificación de la sentencia y de pedir, a su vez, la modificación del fallo en cuanto pueda perjudicar a éste, pudiendo de este modo dictarse en segunda instancia una sentencia que le sea aún más perjudicial que la primera. Por otra parte, el que sin estar completamente satisfecho con lo resuelto por el juez de la causa, desea no obstante conformarse con la sentencia a trueque de terminar el pleito, sabe que si el contrario apela y renueva la discusión ante el tribunal de segundo grado, él también podrá entonces solicitar la reforma de la resolución en su favor. Uno y otro litigante tienen, por lo tanto, interés en no ir a la segunda instancia, para mantener lo que ya han logrado en primera, y para deducir apelación tomarán muy en cuenta el peligro que corren de perder lo ya obtenido, temor que contribuirá a evitar apelaciones infundadas.

La ley ha querido restablecer en todos sus derechos a la parte que se había voluntariamente sometido a la decisión por la cual fué en parte condenada, desde el instante en que el adversario la obliga a reanudar la lucha. (5)

(5) En este sentido: J. M. Manresa «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid 1926, tomo IV, pág. 106. Dalloz, obra citada, V.o Appel incident, No. 32. Cofré, obra citada, pág. 118. R. Foignet, «Manuel Élémentaire de Procédure Civile», Paris 1916, pág. 318

Si el apelado se adhiere cuando todavía está en tiempo de apelar independientemente por su parte, con mayor razón está manifestando su deseo de conformarse con la sentencia del juez de la causa, y de solicitar su modificación sólo en atención al recurso ya deducido por su contendor, al cual une el suyo.

QUIEN PUEDE ADHERIRSE

5.—Lo dice la ley. Sólo el apelado, o sea, siguiendo la expresión de algunos autores, el demandado en la apelación (Art. 441), o sea aquel contra quien va dirigido el recurso.

La Corte de Concepción ha resuelto que el que no ha figurado como parte en primera instancia no es apelado, y no procede, por lo tanto, que se adhiera a la apelación. (6)

En resolución de 27 de Noviembre de 1933 la misma Corte se ha negado a aceptar la adhesión que pretendía un apelante, al responder a los agravios del apelado, quien a su vez se había adherido a la primitiva apelación. (7)

Las dos resoluciones a que se acaba de aludir están perfectamente ajustadas a la ley y a la buena doctrina. Las razones que justifican la adhesión no obran ni en el caso de un extraño que no ha sido parte en primera instancia, ni en el de un litigante que oportunamente apeló del fallo de primera instancia, manifestando así expresamente su voluntad de llevar el negocio a una nueva discusión. Ni uno ni otro son apelados.

Se atiende al tenor literal del art. 441 citado la sentencia que se publica en la Gaceta de los Tribunales, 1920, 2.º semestre, pág. 26, sentencia N.º 7, según la cual, habiendo apelado ambas partes, y teniendo, por lo tanto, cada una el carácter de apelado con respecto a la otra, puede una de ellas adherirse a la apelación de su contendor.

Se ha resuelto que puede adherirse a la apelación contraria el litigante que habiendo apelado oportunamente, dejó que su recurso fuera declarado desierto, porque el derecho de adhesión "ha sido otorgado precisamente al que dejó correr los plazos permitiendo que el fallo causara ejecutoria". (8)

(6) G. de los T. Agosto 1913, sent. 679, pág. 2183

(7) Juicio W. Balfour y Cia., con F. Tellería y D. Morrison

(8) G. de los T. 1918, Setbre. y Octubre, sent. 492, pág. 1522

La Adhesión a la Apelación

21

La Corte Suprema ha resuelto que en las causas de hacienda que la Corte de Apelaciones respectiva retiene al verlas en consulta, no cabe adhesión a la supuesta apelación del Fisco. La consulta, ha dicho aquel tribunal, ha sido establecida exclusivamente en favor de los intereses fiscales, por lo cual, procediendo los trámites de la apelación dentro de la consulta misma, sólo cuando el tribunal estima que la sentencia perjudica los derechos fiscales o abriga dudas siquiera sobre ese perjuicio, la apelación en tales casos queda circunscrita al único punto que pueda ser materia de agravio inferido por la sentencia de primera instancia, o sea, en cuanto, a juicio del tribunal, ha sido lesionado el interés del Fisco; y no procede entonces adherirse a la apelación por la parte que, sin haberse alzado de la sentencia, litiga con aquel, porque adherirse a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte que la estima gravosa el apelado, y no puede el Fisco quedar, sólo en virtud de la consulta, en una condición más onerosa que aquella en que lo colocó la sentencia de primera instancia que se mandó consultar. (9)

6.—Puede adherirse a la apelación no sólo el apelado que nada dijo al ser notificado del fallo de primera instancia, sino también el que expresamente manifestó su voluntad de aceptar la sentencia recurrida por su contendor, y aún el que la cumplió.

“La apelación incidente puede ser interpuesta por la parte que ha sido notificada del fallo sin protesta ni reserva, y aun, según la jurisprudencia, por la que lo ha cumplido antes de que se dedujera la apelación principal, porque ella no ha aceptado lo resuelto sino a condición de que el adversario lo acepte por su parte, y si éste apela la condición se desvanece”. (10)

Esta apreciación de un autor francés referente a la apelación incidente, es perfectamente aplicable a nuestra institución de la adhesión a la apelación. La voluntad expresa de conformarse con lo resuelto, y aun su cumplimiento, no afectan al fundamento de la adhesión, tal como lo hemos explicado antes / que en síntesis consiste en la voluntad del apelado de no seguir adelante el litigio si el contendor no lo lleva a la segunda ins-

(9) R. de D. y J., tomo V pág. 389

(10) E. Garsonnet, «Traité théorique et pratique de Procédure», Paris 1902, tomo VI, No. 2136

tancia. Lo mismo da que esta voluntad se manifieste por la omisión en la interposición del recurso de alzada, o por la manifestación expresa de su conformidad con el fallo, o aún, por su cumplimiento. De todas maneras la voluntad del apelado descansa en la condición ya dicha de que el contendor no deduzca el recurso de apelación, la que una vez fallida, devuelve al apelado el pleno uso de su derecho para adherirse al recurso contrario.

COMO SE FORMULA LA ADHESION Y EN QUE MOMENTO

7.—La adhesión a la apelación debe formularse por escrito necesariamente (arts. 442 y 443), lo que no ocurre con la segunda apelación, que bien puede ser interpuesta verbalmente, en el momento de la notificación, como lo autoriza el art. 60 del Código de Procedimiento Civil.

En nuestro antiguo derecho podía el apelado adherirse en estrados, verbalmente, cuando no procedía el trámite de la expresión de agravios. (11)

El Presidente de la República, al remitir al Congreso el Proyecto de Código, llama la atención sobre esta reforma en su Mensaje de 1.º de Febrero de 1893, y dice: "Reconocido el derecho de adherirse a la apelación deducida por una de las partes, ha sido preciso determinar con claridad la manera de ejercerlo, para evitar toda sorpresa al adversario. Con este objeto queda prohibida la adhesión verbal en estrados, aceptada en nuestro actual procedimiento".

8.—El art. 442 inc. 1.º del Código permite que el apelado se adhiera a la apelación en primera instancia, antes de elevarse los autos al tribunal superior, y ya dijimos que esta innovación de la ley trae de hecho la consecuencia de que pueda a veces interponerse la adhesión cuando aún el apelado está dentro del plazo que la ley le concede para formular apelación principal e independiente.

(11) Lira, Obra citada, tomo I, No. 457

La Adhesión a la Apelación

23

También hemos hecho notar que esta conclusión nuestra no es generalmente aceptada, pero a pesar del mérito de las opiniones en contrario (véase nota 4), nos mantenemos en nuestra manera de pensar.

Ninguna disposición expresa de la ley obsta para que el apelado ejercite su derecho de adherirse a la apelación contraria dentro de los cinco días siguientes a su notificación del fallo. Ninguna tampoco lo impide implícitamente. Si en nuestro antiguo derecho así ocurría, ello se debía a que en esa forma se había introducido este recurso en la práctica, ya que ninguna ley lo reglamentaba. Pero hoy, con un Código minucioso, que establece la adhesión y determina la situación procesal y la forma cómo debe ser interpuesta, no nos parece que se le puedan agregar otras trabas o requisitos que los que la ley misma señala.

Y no se diga que era innecesario señalar esta condición del recurso, porque ella es de su esencia. El recurso similar a nuestra adhesión que contemplan las legislaciones de Francia y de Italia, puede interponerse, como lo veremos luego, aun antes de vencerse el plazo que habría tenido el apelado para apelar por su parte, si no se hubiera anticipado el contendor a alzarse de la sentencia. No hay, pues, ninguna incompatibilidad natural, a nuestro entender, en que el apelado se adhiera a la apelación de su contendor dentro de los cinco días siguientes a su notificación de la sentencia recurrida, y ya dijimos que el fundamento atribuido a la adhesión existe tanto en el caso de que ésta se produzca dentro de esos cinco días como cuando se formula después.

Si de hecho se llega a presentar el caso de que un apelado que puede todavía deducir apelación principal, se limita a adherirse a la apelación de su contrincante, no parece que pueda desestimarse ese recurso, ni tampoco modificársele, para considerarlo una verdadera apelación principal.

9.—Puede también el apelado adherirse en segunda instancia a la apelación contraria. Si se trata de sentencia definitiva, formulará su adhesión precisamente en el escrito de respuesta a la expresión de agravios. Ni antes ni después. (12)

De este escrito se comunica traslado al apelante por el término de seis días, pero sin que se pueda sacar el expediente de

la secretaría (art. 444). Este es un trámite esencial del proceso, cuya omisión constituye una causal de casación en la forma, de acuerdo con lo que disponen los arts. 942, N.º 9.º, y 971, N.º 4.º. Presentada la respuesta del apelante se mandan traer los autos en relación (444 inc. 2.º).

Cuando no procede expresar agravios, el apelado debe adherirse dentro de los tres días siguientes a la notificación del decreto que manda traer los autos en relación, sin que por ello se suspenda el decreto de autos (art. 443). Este escrito se provee, por consiguiente, con un téngase presente u otra fórmula que no signifique suspensión de procedimiento. No se puede, por lo tanto, conferir traslado ni citación al apelante.

No es admisible la adhesión desde el momento en que el apelante haya presentado escrito para desistirse de la apelación, sea en primera o en segunda instancia (art. 442, inc. 2.º). Por eso, en las solicitudes de adhesión y desistimiento el secretario anotará la hora en que se le entreguen (art. 442, inc. 3.º).

LA APELACION DEL ADHERENTE ES ACCESORIA

10.—La adhesión requiere imprescindiblemente que exista una apelación a la cual se une el nuevo recurso. Nada puede adherirse a lo que no existe. (13)

No es, por lo tanto, desacertado el nombre que se ha dado a este recurso en nuestra legislación, ya que él implica la existencia del recurso en que se injerta la adhesión. Por definición queda así establecida la necesidad de un recurso de alzada al cual se une el del apelado.

Aquel es, por lo tanto, apelación principal, y éste, accesoria.

(12) En segunda instancia la adhesión podrá sólo efectuarse, cuando se trate de sentencia definitiva, en el escrito de respuesta a la expresión de agravios, y, en consecuencia, antes de llegar a colocarse en este estado la causa, al apelado no le asiste sino una expectativa de poder adherirse a la apelación deducida por la contra parte. (Ap. de Santiago, R. de D. y J., tomo IX, pág. 66, II)

(13) En sentencia No. 116, pág. 443, de la G. de los T. de 1930, 2o. semestre, la O. de Concepción niega lugar a tener a una parte por adherida a la apelación, por haber sido ésta declarada desierta anteriormente.

La Adhesión a la Apelación

25

Y es de observar que este nombre dado por nuestro legislador al recurso de que tratamos, había venido siendo objeto de críticas tanto en España como en Chile, como puede verse en el pasaje antes citado del "Febrero Novísimo" de Tapia, y en el N.º 457 del tomo I del "Prontuario de los Juicios" de Lira. De modo que al mantener el nombre impugnado, rechazó la ley implícitamente las objeciones que se le hacían, y afirmó el concepto de que se trata de un recurso que va unido, adherido, a otro, con todas las consecuencias que de esta situación subordinada resultan.

11.—Por consiguiente, para nacer esta apelación adhesiva requiere la existencia de otra apelación, en la cual la nueva se injerta y para subsistir necesita también que viva la apelación principal, porque no es aceptable que un recurso que, por definición, va adherido a otro, pueda seguir subsistiendo después de la extinción de éste, pues la ley los vincula, subordinando expresamente el segundo, que es sólo una adhesión, al primero, que es una apelación principal e independiente."

Por lo tanto si se extingue la apelación principal, parece también la adhesiva. Pero esta conclusión tampoco es uniformemente aceptada.

Por el contrario, autorizadas opiniones la rechazan. Cofré estima que "si el apelante se desiste de su recurso, este desistimiento no hace perder al apelado el derecho de continuar la apelación interpuesta por su parte; el desistimiento del apelante no empece al seguimiento de la instancia cuando el apelado se adhirió a la apelación". Lira había dicho lo mismo en su Prontuario que, como se sabe, es anterior al Código de Procedimiento; pero cuida este autor de citar una sentencia en sentido contrario de la Corte de La Serena. Don Manuel Antonio Maira ha enseñado también en su cátedra de Derecho Procesal que "si después de presentado el escrito de adhesión el apelante se desiste, ya este desistimiento no hace perder al adherido el derecho de continuar la apelación interpuesta por su parte". (14)

Las opiniones que acabamos de transcribir están de acuerdo con las de algunos tratadistas franceses e italianos, quienes

(14) Cofré, obra citada, No. 172. Lira, obra citada, tomo I, No. 457. Maira, obra citada, tomo II, pág. 43

estiman que la apelación incidente de la ley francesa y la apelación incidental italiana, recursos similares a nuestra adhesión a la apelación, tienen vida propia. Vamos luego a ver que aún cuando esos recursos son efectivamente similares al nuestro, difieren en forma substancial, precisamente porque no están vinculados entre sí, por lo cual, por autorizadas y respetables que sean las opiniones de esos tratadistas europeos no pueden servirnos para dilucidar nuestra dificultad en este caso.

Pero entre esos autores no hay tampoco perfecta unanimidad. Dalloz estima que el hecho posterior de la declaración de inadmisibilidad o de nulidad de la apelación principal, no debe tener influencia en la apelación incidente, porque "la solución contraria supondría que la apelación incidente es considerada como un accesorio de la apelación principal, lo que no es exacto, pues ambos recursos están en relación no de superioridad, sino de sucesión de tiempo". (15)

Argumentando *a contrario sensu* podemos decir que en Chile, donde la adhesión a la apelación no puede nacer sin que exista una apelación a la cual el nuevo recurso se adhiere, por lo que ambos se encuentran en relación de principal y subordinado, la caducidad del recurso principal acarrea la del dependiente.

Rogron sostiene perentoriamente que la extinción de la apelación principal se extiende a la incidente, lo que se desprende, dice, del art. 443 del Código francés que, evidentemente, subordina la existencia de ésta a aquélla. (16)

Se ha resuelto por la Corte de Concepción, en sentencia de 1.º de Diciembre de 1932 (Calificación de quiebra de Salvador 2.º Seda), que desistido el apelante principal, y fenecido su recurso, no puede subsistir la adhesión a esa apelación extinguida. Esa resolución fué dictada por dos votos contra uno.

12.—El apelante principal puede desistirse expresamente de su recurso, pero puede también ocurrir, que, sin manifestar categóricamente que se desiste, lo abandone y no cumpla sus deberes de apelante, dando así ocasión a que su recurso muera por deserción o prescripción.

(15) Dalloz. Obra citada. Vo. Appel incident, No. 50

(16) Rogron. «Code de Procédure Civile Expliqué», Bruselas 1845, pág. 184

La Adhesión a la Apelación

27

Nuestra opinión es que, de cualquier modo que se extinga la apelación principal, termina también la adhesiva. Por consiguiente si ya hemos dicho que esta última no puede subsistir después del desistimiento expreso de aquella, pensamos que si la apelación principal perece por deserción o prescripción, también muere la apelación del adherente, que ya no tiene a qué estar unida.

Ninguna razón hay para distinguir entre uno y otro caso de expiración de la apelación principal, y, mucho menos para estimar que si el apelante principal se desiste expresamente, conserva el apelado mayores derechos que en el caso de que aquél haya sólo abandonado su recurso, dando ocasión a que éste pida la deserción o la prescripción.

Ahora bien, en el caso de la prescripción de la apelación principal, la ley contiene una disposición expresa que nos da plena razón. El art. 234 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que la resolución que acoja la prescripción debe *declarar firme* la resolución apelada. Si esta resolución queda firme, es evidente que no queda sujeta a la eventualidad de ser modificada por virtud de la adhesión del apelado a la apelación declarada prescrita. Luego, esa adhesión ya no puede producir ningún efecto, puesto que la sentencia ha quedado firme, lo que demuestra que estaba subordinada a la apelación principal, en forma que al extinguirse ésta, no pudo ya obrar en forma alguna la apelación adherida.

EL RECURSO SIMILAR DE LEGISLACIONES

EXTRANJERAS

13.—El derecho procesal positivo presenta en cada nación características propias. No puede, pues, aplicarse a nuestra adhesión a la apelación lo que autores extranjeros opinan sobre los recursos similares de sus respectivas naciones, sin que previamente se considere su aplicación al caso de Chile. Pero, hecha esta salvedad, lo que manifiestan tratadistas de nota sirve de eficaz guía para estudiar las instituciones creadas por las leyes patrias. Por eso, en apoyo de algunas de nuestras opiniones hemos citado jurisprudencias de gran autoridad, no obstante que ellos exponen doctrinas derivadas de su especial situación legal.

En cada país ha debido construirse una teoría propia, a base de sus preceptos legales, y a fin de dar a las instituciones respectivas el desarrollo que deben tener.

14.—El inciso final del art. 443 del Código de Procedimiento Civil de Francia dispone que el apelado puede interponer incidentalmente apelación en cualquier estado de la causa, aun cuando no haya protestado al notificársele el fallo. De este precepto se ha inferido que toda apelación deducida por el apelado es apelación incidente, aun cuando se haya presentado dentro del plazo que el apelado tenía para alzarse contra la sentencia de primera instancia. Por lo tanto la apelación incidente (*appel incident*) de los franceses, comprende tanto el recurso que llamamos adhesión a la apelación, como cualquiera segunda apelación, y no está subordinada a la principal.

Basta que el recurso lo deduzca quien tiene ya el carácter de apelado, por haberse alzado primero contra la sentencia su contrincante, para que este segundo recurso sea considerado apelación incidente, situación, como se vé, completamente distinta a la nuestra, pues aquí se necesita que el apelado *se adhiera a la apelación* contraria, esto es, una desde el principio su recurso al del contendor.

"Se puede considerar como no discutida, dice Dalloz, la doctrina según la cual la apelación principal y la incidente se distinguen entre sí *sólo por la fecha* respectiva de su emisión". Rogron expone: "La ley permite interponer apelación incidente en cualquier estado de la causa, y por consiguiente más de tres meses (era el plazo que el Código señalaba para apelar, hoy reducido a dos meses), después de la notificación del fallo". En Garsonnet leemos: "Se llama apelación incidente la que formula el apelado en respuesta a la dirigida contra él. Si ambas partes apelan, una contra la otra, *la primera en fecha* de esas apelaciones es principal, y la otra incidente". "Existen dos clases de apelaciones, dice Foignet, principal e incidente. Apelación principal es *la que se formula primero*. Apelación incidente es la que se *formula segunda* (qui est formé le second), por el demandado en la apelación o apelado". "Apelación principal es la primera apelación formulada por una de las partes para ante la jurisdicción superior. La apelación incidente es interpuesta durante el curso del proceso", expone Max Legrand. (17)

La Adhesión a la Apelación

29

La jurisprudencia, de acuerdo con esta doctrina, ha establecido, según lo expresa Dalloz en el N.º 53 de su artículo "Appel incident" en su obra citada, que la parte que ha apelado incidentalmente de una resolución, pero cuya apelación incidente ha sido declarada inadmisibile por haber sido interpuesta después del desistimiento de la apelación principal, puede en seguida, si *está todavía dentro del plazo*, deducir apelación principal contra el mismo fallo.

15.—El art. 485 del Código de Procedimiento Civil de Italia fija los plazos para apelar, y agrega: "Cuando haya transcurrido el término para la apelación principal, podrá también el apelado proponer la incidental de cualquier extremo de la sentencia".

No obstante la redacción de este precepto legal, Mattiolo lo interpreta así: "Son diversos los términos establecidos para la apelación principal y para la incidental. Vencido el primero, se podrá aun proponer la incidental. *Y viceversa, podrá suceder en las causas formales que el término útil para la apelación incidental haya transcurrido ya y aún se pueda proponer en vía principal*".

Y Chiovenda: "El apelado puede impugnar las partes de la sentencia que le son desfavorables con una apelación incidental. Esto no excluye que también pueda servirse de esta forma de apelación el que de todos modos habría apelado por su cuenta". (18)

16.—En España el art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que aun cuando se separe de la apelación el litigante que la haya interpuesto, puede el apelado exigir que se siga la sustanciación del recurso para resolver sobre su adhesión, precepto que no se encuentra en nuestro derecho, y que, como hemos dicho no se le puede suponer tácito.

HUMBERTO BIANCHI V.

(17) Dalloz, obra citada, V.o Appel incident, No. 6. Rogron, obra citada, pág. 183. E. Garsonnet, obra citada, No. 2136. R. Foignet, obra citada, pág. 298. Max Legrand «Dictionnaire Usuel de Droit», Paris 1924, pág. 66

(18) L. Mattiolo. «Instituciones de Derecho Procesal Civil» traducción de E. Ovejero, Madrid, tomo II, No. 395.-J. Chiovenda, «Principios de Derecho Procesal Civil», traducción de José Casais, Madrid 1925, pág. 504