



Revista de CIENCIAS JURIDICAS

Publicada por el Departamento de Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra
Santiago, República Dominicana

ISSN 0379-8526

Comité de Redacción: Prof. Luis Arias
Prof. Víctor José Castellanos
Br. Ilona De la Rocha C.
Br. Ramón E. Núñez N.
Br. María I. Ega K.
Br. Carlos M. Martínez A.
Br. Michelle Wachsmann F.
Br. Isi Y. Ortiz H.

Tercera Epoca

CONTENIDO

Doctrina:

La Avocación en el Contredit:
Diferencias con la Avocación en la
Apelación.

Reynaldo Ramos Morel

El Amparo Electoral: El Amparo
Olvidado

Ramón Emilio Núñez N.

Síntesis Instructiva para la Aplicación
de las Resoluciones 3-91, 1-92 y 2-92,
del Comité Nacional de Salarios, sobre
Tarifas de Salarios Mínimos para el
Sector Privado.

Rogelio A. Hernández

DOCTRINA

La Avocación en el Contredit: Diferencias con la Avocación en la Apelación

Reynaldo Ramos Morel*

a) La avocación de nuestro artículo 473, escrita para la Apelación

La avocación que tradicionalmente conocemos se encuentra consagrada en el artículo 473 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el cual establece lo siguiente:

“Cuando haya apelación de sentencia interlocutoria si ésta se revoca y el pleito se hallare en estado de recibir sentencia definitiva, los tribunales que conozcan de la apelación podrán a la vez y por un solo fallo re-

* Licenciado en Derecho, Cum Laude, UNPHU, 1987. Profesor de la PUCMM y de la UNPHU. El presente trabajo fue presentado en la “Jornada en Torno a las Excepciones de Procedimiento y los Medios de Inadmisión”, celebrada en junio de este año en Santo Domingo

solver el fondo. Podrán también hacerlo, cuando por nulidad de procedimiento u otra causa, revoquen las sentencias definitivas del inferior”.

De manera que la avocación consiste en la facultad atribuida al tribunal de segundo grado, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, cuando ha sido apoderado por una apelación sobre sentencia incidental, de estatuir a la vez, por una sola y misma sentencia, sobre esta apelación y sobre el fondo.

Esta facultad existe en dos casos: 1.- En el de apelación contra una sentencia interlocutoria, y 2.- En el de apelación contra una sentencia definitiva sobre un incidente.

Sentencia Interlocutoria: El artículo 452 del Código de Procedimiento Civil define la sentencia interlocutoria “como aquella que un tribunal pronuncia en el discurso de un pleito, antes de establecer derecho, ordenando prueba, verificación o trámite de sustanciación que prejuzgue el fondo”.

Estas sentencias podrán ser apeladas antes de recaer la sentencia definitiva, de conformidad con el artículo 451 del mismo Código. En cambio las preparatorias no podrán ser apeladas, sino después de la sentencia definitiva y conjuntamente con la apelación de ésta.

Sin embargo es bueno señalar que no siempre resulta fácil apreciar si una sentencia es preparatoria o interlocutoria. Para tal distinción varios sistemas han sido propuestos por la doctrina y la juris-

prudencia. El criterio que parece determinante, consiste en saber si la sentencia prejuzga o no prejuzga el fondo del proceso. Si lo prejuzga es interlocutoria. Pero según el sistema de Japiot, se toma en cuenta el carácter de los hechos ordenados por el tribunal: si son favorables al éxito de una de las partes, la sentencia es interlocutoria. Si la prueba de esos hechos puede ser favorable a una u otra de las partes, la sentencia es meramente preparatoria.

Ambos sistemas parecen haber sido adoptados por nuestra Suprema Corte de Justicia. A veces considera que la sentencia que ordena un informativo testimonial es interlocutoria porque prejuzga el fondo (1), pero en otros casos considera esta sentencia como neutral, calificándola de preparatoria (2). Así también, la sentencia que ordena una comparecencia personal de las partes, normalmente considerada preparatoria (3), tiene el carácter de interlocutoria si se ordena o rechaza en caso de oposición de una de las partes (4).

Sentencia Definitiva sobre un Incidente: Por sentencia definitiva hay que entender, a los términos del artículo 473, no la que decide sobre el fondo, sino la que, sin ser interlocutoria, estatuye sobre un incidente del procedimiento, tal como una excepción, sin resolver el fondo.

La avocación es una mera facultad y no una obligación para el tribunal, es un poder que pueden usar discrecionalmente o no, aunque las partes lo propongan o se opongan y más aún, de oficio (5).

El derecho de avocar pertenece a todos los tribunales de apelación, cuando se encuentren en los casos previstos por el artículo 473, no es una facultad reservada únicamente a las Cortes de Apelación. Así, pueden ejercer esta facultad los Juzgados de Primera Instancia, cuando conocen de las apelaciones de los Juzgados de Paz.

Ha sido juzgado por nuestra Corte de Casación que cuando los tribunales de apelación deciden ejercer esta facultad, no tienen que dar motivos para ello (6).

Al tratarse de una medida de carácter excepcional, no puede ser ejercida sino en los casos previstos expresamente por el artículo 473 del Cód. Proc. Civil (7).

Cuando el derecho de avocar es ejercido por los tribunales de apelación constituye una derogación a la regla del doble grado de jurisdicción y de la regla según la cual la apelación no es devolutiva más que en la medida en que ha sido interpuesta (*Tantum devolutum quantum apelatum*).

Autorizando esta derogación al derecho común, el legislador ha tenido como propósito, a la vez de evitar la lentitud del procedimiento, y las costas a los litigantes, asegurar a los tribunales de segundo grado su supremacía sobre los tribunales inferiores (8). Sin embargo, este no parece ser el verdadero fundamento de esta institución. Analizaremos este aspecto, luego de señalar las condiciones para su ejercicio.

Condiciones para su ejercicio: El profesor Tavares (9), nos indica que el ejercicio

de la facultad de avocación está sujeto a las siguientes condiciones: 1- que la apelación sea interpuesta antes de que intervenga sentencia sobre el fondo, 2- que la sentencia contra la cual se apela sea infirmada, 3- que el asunto se encuentre en estado de recibir fallo sobre el fondo, 4- que el incidente y el fondo sean decididos por una sola sentencia, 5- que el tribunal de segundo grado sea competente.

Esas son las mismas condiciones que exige nuestra Corte de Casación (10).

Algunos autores añaden sin embargo, otra condición: que es necesario que quede, después de la infirmación de la sentencia alguna cosa por juzgar. Aunque esta condición no está expresamente contemplada en el texto, la lógica la impone. Así la avocación no puede tener lugar por falta de objeto, si la sentencia de primer grado es infirmada por no haber admitido un fin de no recibir o medio de inadmisión que se imponía (11).

Veamos esas condiciones a las que está subordinada el ejercicio del derecho de avocación:

1. *Que la apelación sea interpuesta antes que intervenga sentencia sobre el fondo.* Para que haya lugar a la avocación es necesario que la decisión apelada no haya juzgado el fondo del proceso, pues si el fondo del proceso ha sido juzgado y hay apelación de la sentencia, no se puede recurrir al Art. 473, pues el tribunal superior en este caso, está apoderado del fondo por el efecto devolutivo de la apelación y en consecuencia no hay lugar a la avocación, pues ya está apoderado.

Por lo tanto la sentencia apelada debe ser interlocutoria o definitiva sobre un incidente.

Pero si sobre el terreno de los principios efecto devolutivo y avocación parecen tener sus ámbitos bien delimitados, de hecho, sus fronteras permanecen indecisas, principalmente en lo que concierne a las sentencias sobre el fondo.

Esta controversia ha dividido a los autores y a los magistrados. A modo de ejemplo señalamos que cuando se interpone una apelación contra una sentencia que ha rechazado la demanda por un fin de no recibir ligado al fondo, como la falta de calidad, debe ser considerada como que ha juzgado el fondo y no hay lugar a la avocación. La Corte de Apelación está apoderada por el efecto devolutivo de la apelación, del examen completo del litigio (12). Iguales discusiones surgían en los casos en que el juez de apelación anulaba por incompetencia o vicio de forma una sentencia sobre el fondo.

Todas estas divergencias doctrinales y jurisprudenciales, han sido resueltas por los nuevos textos del Código de Procedimiento Civil Francés, referentes al efecto devolutivo y a la avocación (13).

2. *Que la sentencia contra la cual se apela sea infirmada.* Si la sentencia apelada es confirmada, no hay lugar a la avocación. El asunto debe volver por ante el primer juez. La jurisprudencia francesa ha admitido la avocación, aunque sólo se haya infirmado la sentencia apelada, sobre ciertos puntos (14).

3. *Que el asunto se encuentre en estado de recibir fallo sobre el fondo.* Ello quiere decir que el asunto esté completamente instruido en primera instancia. La ley no ha determinado las condiciones que un asunto debe cumplir para ser reputado en estado y parece resultar del silencio de la ley sobre este punto, que los jueces gozan de un poder soberano para apreciar si la causa está o no en estado de ser juzgada definitivamente y en consecuencia ser avocada.

Así los jueces deben apreciar si las cuestiones litigiosas han sido suficientemente dilucidadas y si no hay lugar a recurrir a nuevas medidas de instrucción.

Es necesario que las partes hayan concluido sobre el fondo del litigio.

Por ello, en principio, la sentencia que pronuncia sobre la avocación y ordena una medida de instrucción, o sin que las partes hayan concluido sobre el fondo del litigio, no podría escapar de la censura de la Corte de Casación. Sin embargo, la jurisprudencia, incluyendo la nuestra, contrariando sin dudas la letra del texto, ha flexibilizado las rigurosas condiciones exigidas por él, permitiendo en unos casos que la Corte avoque y ordene una medida de instrucción (15), y en otros, considerando que sólo es necesario que una de las partes haya concluido (16).

4. *Que el incidente y el fondo sean decididos por una sola sentencia.* Es una condición prescrita a pena de nulidad. Naturalmente el incidente y el fondo serán resueltos en la misma sentencia, pero por dos disposiciones distintas.

Lo que no puede hacer la Corte es infir-

mar una sentencia interlocutoria y declarar que avoca el fondo, reservándose la facultad de decidirlo posteriormente, ni tampoco ordenar una medida de instrucción. Pero sobre este punto, ya vimos la atenuante de la jurisprudencia.

5. *Que el tribunal de segundo grado sea competente.* Este aspecto será comentado posteriormente.

Hemos podido observar que las condiciones requeridas son en extremo rigurosas, razón por la cual esta facultad sólo podrá ser ejercida en muy raras ocasiones.

Por ello estamos de acuerdo con el profesor Vincent (17), en que el fundamento de esta facultad no era satisfacer una necesidad de economía y celeridad, pues si este hubiere sido su fundamento principal, esta facultad debió ser reconocida también a los casos de confirmación como a los de infirmación de la decisión apelada.

En realidad, se temía que los jueces del primer grado, heridos por ver su sentencia infirmada por la jurisdicción superior, si continuaban apoderados del fondo después de esta infirmación, pudieran estar bajo la influencia de este descontento, teniendo una tendencia más o menos consciente a no tomar en cuenta las indicaciones que resultaban de esta infirmación. Su imparcialidad es sospechosa. Esta presunción de sospecha era su verdadero fundamento.

b) La avocación en Francia, luego de las reformas. Nuevo Art. 568, escrito para la apelación.

La jurisprudencia francesa, con sus decisiones atenuó un poco la rigurosidad del Art. 473. También lo hizo una ley del 23 de mayo de 1942. Pero es el artículo 110 del decreto del 28 de agosto de 1972, que introduce una teoría muy liberal que permite al juez de la apelación en la mayor parte de las situaciones, juzgar todo el asunto, aún si no estaba en estado de recibir solución. Este decreto vino precedido de otro, dictado en fecha 20 de julio de 1972, que reglamentaba los incidentes de incompetencia, y había ya extendido el dominio de la avocación, pero para el caso del contredit.

Y es este artículo 110 del decreto del 28 de agosto de 1972, el que se convierte en el artículo 568 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés del 1.º de enero de 1976, que establece la nueva avocación de derecho común, y cuyo texto dispone:

“Cuando la Corte de Apelación es apoderada de una sentencia que ha ordenado una medida de instrucción, o de una sentencia que, estatuyendo sobre una excepción de procedimiento, ha puesto fin a la instancia, ella puede avocar los puntos no juzgados, si estima de buena justicia dar al asunto una solución definitiva, después de haber ordenado ella misma, en caso necesario, una medida de instrucción”.

Condiciones: Esta facultad sólo podrá ser ejercida en dos hipótesis:

1. Cuando la Corte ha sido apoderada de una sentencia que ha ordenado una medida de instrucción, y
2. Cuando la Corte ha sido apoderada de una sentencia que, estatuyendo sobre una excepción de procedi-

miento, ha puesto fin a la instancia.

Cuando la Corte ha sido apoderada en uno cualquiera de los casos indicados, sólo es necesario que considere que es de buena justicia (por ejemplo, urgencia, utilidad, o simple deseo de la Corte) dar al asunto una solución definitiva, pudiendo ordenar además una medida de instrucción (18).

Con relación a la primera hipótesis, es necesario precisar que los casos de la Corte apoderada de una decisión que ordena solamente una medida de instrucción, serán excepcionales.

Esto así, porque el artículo 150 de ese nuevo Código, prohíbe la apelación inmediata de una sentencia que ordena, rechaza o modifica una medida de instrucción, independientemente de la sentencia sobre el fondo.

Enmanuel Blanc (19) justifica la disposición del artículo 150, expresando "que debe ser así, para no retardar la aplicación de las medidas prescritas y así evitar la chicana que se cubre siempre bajo la máscara del carácter sacro de los derechos de defensa".

Por ello en Francia, carece ya de sentido distinguir si una sentencia es preparatoria o interlocutoria.

El artículo 544 del nuevo Código, sólo permite la apelación inmediata, como ocurre con aquellas que solucionan lo principal, de las sentencias que solucionan en su dispositivo una parte de lo principal y ordenan una medida de instrucción o una medida provisional.

El artículo 545 establece que las otras

sentencias no podrán ser apeladas independientemente de las sentencias sobre el fondo, más que en los casos especificados por la ley.

Existe una excepción, contemplada por el artículo 272, el cual permite la apelación inmediata, independientemente de la sentencia sobre el fondo, de la decisión que ordena un experticio, pero con la autorización del Primer Presidente de la Corte de Apelación, si está justificada por un motivo grave y legítimo.

De manera que sólo podrá aplicarse en el caso de los experticios y cuando en su dispositivo la sentencia solucione una cuestión de fondo y ordena al mismo tiempo una medida de instrucción, como son las sentencias mixtas (20).

Con respecto a la segunda hipótesis, la Corte podrá avocar el fondo cuando sea apoderada de la apelación de una sentencia que ha puesto fin a la instancia sin juzgar el fondo, como las que estatuyen sobre una excepción de procedimiento (nulidad del acto introductorio de instancia), o sobre un fin de no recibir, así también cuando estatuye sobre cualquier otro incidente que pone fin a la instancia (desistimiento, perención).

El hecho de que en lo adelante no sea necesario que la sentencia sea infirmada para que la Corte pueda avocar, ni tampoco que el asunto se encuentre en estado de ser fallado, ni que el incidente y el fondo sean resueltos por una sola sentencia, muestra que el fundamento de la nueva avocación, no se encuentra ya en la idea de sospecha con respecto a los primeros jueces, sino en

que sea "fuente de celeridad", "fuente de rapidez" (21).

c) **La avocación del Art. 17 de la Ley 834, escrito para el Contredit.**

Además de los casos estudiados, la reforma francesa, creó otra situación donde se puede aplicar la técnica de la avocación, para los casos de incidentes en materia de competencia.

Esta facultad podrá ser usada por la Corte cada vez que se encuentre apoderada por un Contredit, es decir, en todas las hipótesis del contredit, como señala el profesor Vincent (22).

Este otro caso proviene del artículo 29 del decreto del 20 de julio de 1972, ya mencionado.

En un principio, este artículo exigía "que el asunto debía haber sido objeto de una discusión contradictoria en primera instancia y ser susceptible de recibir sobre el todo una decisión definitiva".

Pero a fin de unificar este caso de avocación a la de derecho común, escrita para la apelación por el artículo 110 del decreto del 28 de agosto de 1972, tal exigencia fue suprimida por el decreto del 17 de diciembre de 1972.

Y es así como se convierte luego en el artículo 89 del nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

Nuestro legislador, en la reforma de 1978, específicamente en la Ley 834, tomó las modificaciones introducidas en Francia

en el nuevo Código, relativas a la competencia, en la que figuraba el contredit, y con él, el caso de avocación que analizamos.

Nuestro legislador, en el artículo 17 de la ley 834 de 1978, copió textualmente el artículo 89 del Código Francés.

Este artículo 17 dispone:

"Cuando la Corte es jurisdicción de apelación respecto de la jurisdicción que ella estima competente, puede avocar al fondo si estima de buena justicia dar al asunto una solución definitiva, después de haber ordenado ella misma, una medida de instrucción, en caso necesario".

Condiciones para su ejercicio: Sólo dos condiciones son requeridas para que la avocación, en las hipótesis del contredit, pueda ser ejercida:

1. Que la Corte sea la jurisdicción de apelación respecto de la jurisdicción que ella estima competente (24).

Así, la Corte de Apelación de San Pedro de Macorís, es el tribunal de apelación con relación a los Juzgados de Primera Instancia de La Romana y La Altagracia. Si es apoderada de un contredit relativo a una decisión del Juzgado de Primera Instancia de La Romana, si ella estima que la jurisdicción competente es La Romana, o La Altagracia, la condición exigida para una eventual avocación está cumplida. Sin embargo, ella no sería competente si decide que el tribunal que debe conocer el asunto es el Juzgado de Primera Instancia de Puerto Plata.

2. Que la Corte estime de buena justicia

dar al asunto una solución definitiva (25).

Resulta por último que este texto consagra una sanción contra el litigante temerario. Sobre este aspecto escribe Enmanuel Blanc lo siguiente: "Parece que gracias a este texto, serán menos frecuentes las declinatorias de competencia y los contredit que resultaban. Los prácticos deberán explicar a sus clientes todos los inconvenientes de los futuros contredit, e invitarles a ser más sopesados en la forma de actuar al conducir los procesos" (26).

Conclusiones: A consecuencia de que el legislador de 1978, injertara a nuestra legislación procesal disposiciones tomadas del nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, especialmente las relativas a los incidentes de incompetencia y junto a ellos el contredit y su caso particular de avocación que acabamos de comentar, hemos traído una nueva técnica de avocación, fundada en la celeridad, que crea un circuito corto, es decir, excepción de incompetencia, el contredit y avocación, sin que el asunto retorne al primer juez, y que puede ser ejercida por la Corte siempre que sea el tribunal de apelación respecto del tribunal que ella estime competente y considere de buena justicia dar al asunto una solución definitiva.

Por lo tanto no es necesario que el asunto se encuentre en estado de ser fallado y mucho menos que sea resuelto por una sola y misma sentencia, pues el mismo texto faculta a la Corte a ordenar medidas de instrucción.

Por eso, obedece a reglas y condiciones distintas, de las que con rigor extremo exige el Art. 473 de derecho común, lo que lo hace prácticamente inaplicable.

La reforma a fin de unificar ambos sistemas se impone. También es necesario prohibir las apelaciones inmediatas de las sentencias que ordenan o rechazan medidas de instrucción, como ocurrió en Francia.

Todo ello con una marcada orientación de evitar los incidentes innecesarios, los recursos temerarios y las chicanas, fundadas muchas veces en el efecto suspensivo que produce el plazo y el ejercicio de la apelación, y agilizar la marcha de los procesos, a fin de que el procedimiento sea el vehículo rápido y seguro de la acción en justicia y no un sepulturero que entierre para siempre las esperanzas de los que acuden a la justicia, como instrumento idóneo de solución de los conflictos en una sociedad civilizada.

Al legislador de 1978 se le ha criticado por haber introducido las reformas de manera furtiva, en la agonía de un régimen que parecía ya no resucitaría jamás. Sin embargo, entendemos que la crítica no es del todo válida. Gracias a ellas, por ejemplo, las excepciones deben ser planteadas hoy simultáneamente y en limini litis, y no el orden que disponían los antiguos textos, lo cual hacía el procedimiento mucho más lento.

La crítica debe ser dirigida a quienes no han impulsado la corrección y adecuación de los textos confusos de esas leyes, que tienen ya 14 años, ni han encaminado sus esfuerzos a futuras reformas, en bloque,

por supuesto, a fin de que en un futuro podamos ser dotados de un nuevo Código de Procedimiento Civil, semejante al francés.

Las dos reformas hoy propuestas, agilizarían enormemente el desarrollo de los procesos. Pero con ellas no basta. En este año de reformas, es menester que nos avoquemos a la actualización de nuestro Procedimiento Civil.

NOTAS

1. Suprema Corte, 21 de marzo de 1989, B. J. 940-941. 330.
2. Suprema Corte, 21 de mayo de 1980, B.J. 834.1044.
3. Suprema Corte, 6 de agosto de 1976, B.J. 789.1278.
4. Suprema Corte, 18 de diciembre de 1985, B.J. 901.3144.
5. Dalloz, **Nouveau Code de Procédure Civile Annoté**, Librairie Dalloz, Paris, 1911, Art. 473, Nos. 177-180.
6. Suprema Corte, mayo de 1955, B.J. 538.822.
7. Suprema Corte, 25 de mayo de 1925, B.J. 178.29 y 31; 11 de junio de 1926, B.J. No. 191.3.
8. Dalloz, **Code Annoté**, Op. Cit. No. 174.
9. Tavares hijo, Froilán, **Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano**, Talleres Tipográficos "Librería Dominicana", III Edición, 1957, Vol. III y IV, Pág. 45.
10. Suprema Corte, diciembre 1956, B.J. 557.2660.
11. Dalloz, **Code Annoté**, Op. Cit. Nos. 418 y 419.
12. Dalloz, Op. Cit. Nos. 228- 229; 232-235.
13. Blanc, Enmanuel, **Nouveau Code de Procédure Civile Commenté**, Librairie du

- Journal Des Notaires y Des Avocats, Tome II, Art. 562, Mise à jour, février 1978.
14. Dalloz, **Code Annoté**, Op. Cit., No. 268.
 15. Suprema Corte, 2 de abril de 1971, B.J. 725.870.
 16. Suprema Corte, 18 de noviembre de 1981, B.J. 852.2702
 17. Vincent, Jean, **Procédure Civile**, Précis Dalloz, Vingtième Edition 1981, No. 966.
 18. Blanc, **Op. Cit.** Art. 568.
 19. Blanc, **Op. Cit.** Tome I, Art. 150.
 20. Vincent, **Op. Cit.** 22 Edition, 1991, No. 971; Blanc, **Op. et loc. Cit.**, Dalloz, **Répertoire de Procédure Civile**, Deuxième Edition, Tome I, Appel No. 683-686.
 21. Vincent, **Op. Cit.** No. 973.
 22. Vincent, **Op. Cit.** No. 322.
 23. Civ. 2, 8 de juin 1979, Dalloz, **Code de Procédure Civile**, 1991, Art. 89, No. 4.
 24. Vincent, **Op. et Loc Cit.**; Blanc, **Op. Cit.** Art. 89, Pág. 101.
 25. Vincent, Blanc; **Op. et Loc. Cit.**
 26. Blanc, **Op. Cit.**, Art. 89, Pág. 102, in fine.