



REPERTORIO
AL

100.1.1.1



100-□
522-□
SAIS
800

EL FARO NACIONAL.

REPERTORIO

DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA VIGENTE.

TRATADO DE PRACTICA FORENSE

NOVISIMA.



Esta obra forma parte del REPERTORIO de la legislación española vigente, que publica EL FARO NACIONAL.



TRATADO

DE

PRÁCTICA FORENSE NOVÍSIMA,

SEGUN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL,

de 5 de octubre de 1855,

con el texto literal de sus artículos, con las notas, explicaciones, referencias y comentarios oportunos, para su mejor inteligencia y exacta aplicación; con los formularios correspondientes á cada juicio, y un

PRONTUARIO ALFABÉTICO

de las palabras, términos y objetos que comprende dicha ley

POR EL DR. D. MARIANO NOUGUÉS SECALL,

a abogado de los Colegios de Madrid y Zaragoza y ex-Decano de este último, catedrático cesante de jurisprudencia, fiscal que ha sido de la capitania general de Aragon, y ex-magistrado suplente de su audiencia, antiguo presidente de la academia jurídico práctica-aragonesa, autor de varias obras de derecho, individuo de diferentes corporaciones científicas y literarias, etc., etc.

PUBLICADO POR LA REDACCION DE

EL FARO NACIONAL.

Revista de jurisprudencia de administracion, de tribunales y de instruccion Pública.

TOMO SEGUNDO.

MADRID:

IMPRENTA DE M. SANZ Y GOMEZ, VALVERDE 25, PRAL.

—
1856.





30000293223

Dret

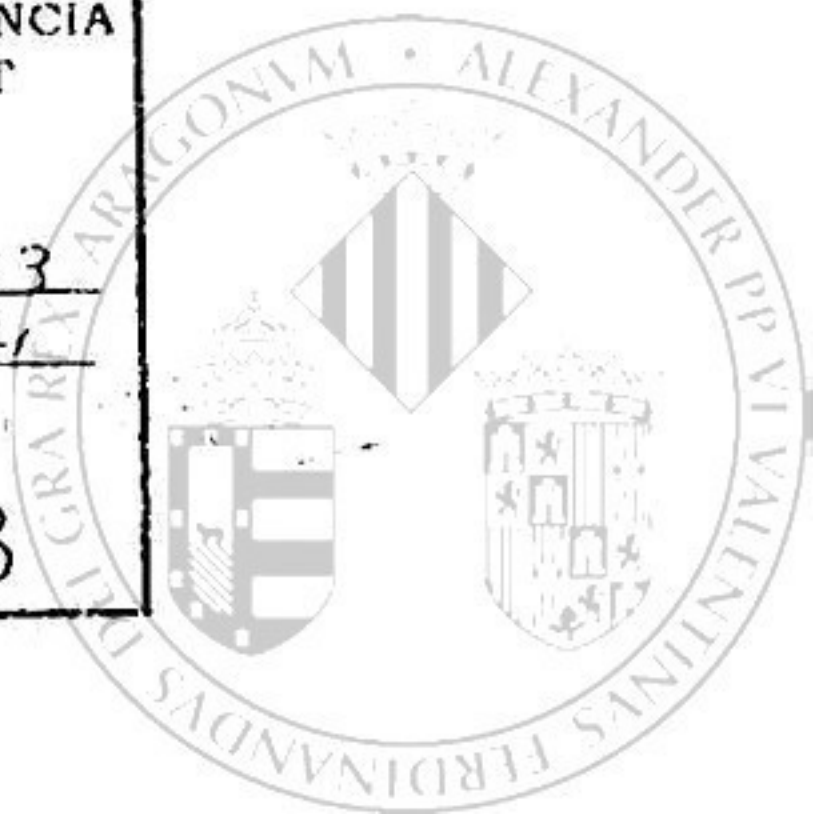
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET
BIBLIOTECA

Nº Registre R153553

DATA 23-5-74

SIGNATURA 3-L +

Nº LIBIS: 293223



CAPITULO



Observaciones generales sobre la sustanciacion y naturaleza del juicio civil ordinario, su definicion y esencia; casos en que debe instarse; medios preliminares de prepararlo con juratorios, exhibicion, etc. Diligencias que cabe anticipar algunas veces en su principio.

En el tomo I hemos tratado de la jurisdiccion y de los que la ejercen, de los que se reputan como auxiliares indispensables en su ejercicio: hemos explicado tambien ciertas materias generales que tenian relacion con todos los juicios, y si hemos descendido al examen del verbal, ha sido por lo violento que era segregarlo de las personas cuyas funciones ibamos explicando. Ahora vamos á entrar en el examen de la tramitacion de los juicios, ó sea en el de los diversos modos y formas con que se ejerce la jurisdiccion, aplicándola á los negocios que someten las partes á los tribunales, en suma, de la sustanciacion.

Sustanciar es formar el proceso, dirigirlo hasta ponerlo en estado de sentencia, y despues llevarlo á término, si se interpusiese apelacion ú otro recurso: sustanciacion no es mas que la observancia ó mas bien la aplicacion práctica de la tramitacion establecida por la ley en las diferentes cuestiones segun la clasificacion que la misma tiene hecha. En el capítulo II del tomo I, página 8, definimos el procedimiento, dijimos lo que por él se entendia: el procedimiento es la regla á que se sujeta el ejercicio de las acciones, la sustanciacion es la aplicacion de las reglas á los negocios, que se dice que se sustancian, cuando á ellos se aplican las disposiciones del procedimiento que varía segun la entidad y circunstancias de lo que se litiga.

En la ley que examinamos se habla varias veces de la sustanciacion, y considerando como principal y de un órden típico la de

los juicios ordinarios, se señala como norma para varios negocios que no la tenían determinada, disipando de esta suerte las dudas que podrían ocurrir.

La sustanciación, es, pues, el objeto inmediato de la nueva ley, aunque el mediato sea la consecución del inestimable bien de la recta administración de justicia.

En la sustanciación diversa de los negocios, ó sea en la diversa serie de reglas que deben seguirse en la discusión de las cuestiones litigiosas, encontramos la razón del método que debe observarse en la explicación de la ley.

Claro es, que podría seguirse uno que parecería sencillo y lógico subiendo desde los trámites que se observan en los juicios de paz, siguiendo por los verbales, continuando por los de menor cuantía y ejecutivos, prosiguiendo por los interdictos, fijándonos después en los juicios ordinarios, en las cuestiones que son materia de las testamentarias y concursos, viniendo á parar en el recurso de casación; pero este método se parecería en mucho á una pirámide colocada en razón inversa de su base. Claro es, que más fácil es aprender los procedimientos de un juicio de paz y verbal que los de un ordinario, pero para dar á conocer aquellos, es preciso tener ciertos conocimientos generales que suministra el mecanismo del juicio ordinario, y estos conocimientos son lecciones que deben jugar en todos y que comprenden la teoría general de los procedimientos. Véase la razón del método que hemos adoptado.

Explicamos primero lo que es general y común á todos los procedimientos para venir á parar después á las excepciones: hemos hecho clasificaciones para aumentar la claridad, colocando preliminarmente ciertas nociones que sirviesen como de faros para introducirnos después en el océano de la ley: en una palabra, de lo general vamos á lo particular: del tronco á las ramas y á las hojas.

Los antiguos dividían los juicios en diversas clases por razón de la materia, del fin ú objeto que se proponían, forma ó extensión: por la materia distinguían el criminal del civil, por el fin el declarativo del ejecutivo; por la forma el plenario del sumario.

La nueva ley no establece esta clasificación de una manera clara y terminante; pero se infiere la diversidad de la tramitación

de los juicios por lo que dispone en varios artículos. Con efecto, señala los trámites del juicio civil ordinario, y descende despues á designar los del verbal, ejecutivo, menor cuantía, los de los interdictos, juicios de ab-intestato, testamentaria, concurso, etc.; pasa todavía mas adelante, y fija la tramitación general de los incidentes y la especial de otros, viniendo por último á decir en varios artículos que la sustanciación que debe seguirse es la del juicio ordinario.

Este, es pues, el prototipo ó modelo: los demás son desviaciones ó escepciones de aquel.

Parece, pues, que debemos principiar la esplicación de los procedimientos en su parte formularia por el juicio ordinario, que es seguramente como el tronco de los demás: es, por decirlo de una vez, la regla; los demás son otra cosa que escepciones. El juicio ordinario es un retrato hecho en toda la magnitud del objeto: los otros juicios son miniaturas: se ven todas las partes del cuerpo, pero no están desarrolladas; se encuentran líneas, pero no está acabado y perfecto cada uno de los miembros: se encuentra el parecido, la representación de lo que se quiere imitar; pero si con el microscopio se procede á un exámen escrupuloso, no se hallarán mas que ligeros toques: nada se echará de menos en la esencia, pero faltará mucho en los pormenores.

Figurémonos, un círculo máximo y otros concéntricos: tan círculo es el primero como los demás, pero los radios de estos son mas cortos. En el juicio ordinario se oye á la parte demandada, en el de menor cuantía tambien: en ambos habrá término de prueba, pero en el ordinario el término podrá estenderse al periodo de un año y en el segundo el término será de nueve dias (1148) pudiendo prorogarse algo mas en ciertos casos. (1149.)

El juicio civil ordinario, es el que por la amplitud de sus términos, por la estension y holgura que se concede á la discusión, por el uso de todas las solemnidades se llama plenario, solemne, ordinario, porque es el prototipo de todos los demás, el que se reserva para todas las cuestiones de mayor entidad, el que siempre se supone concedido mientras otra cosa no dispone el legislador. Este que es el juicio de los juicios, del que los demás no son otra cosa que derivaciones y destellos, debia ir al frente de todos, sobre su esplicación debia basarse la de los otros, porque antes es

preciso saber la regla que las excepciones. El artículo 221 le concede una supremacía sobre todos diciendo que, *todas las contiendas entre partes en reclamación de un derecho, (ó cosa debiera haberse añadido para evitar cavilaciones) que no tengan señalada en esta ley tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario.*

De consiguiente, siempre que la ley no disponga otra cosa, deberá darse á toda cuestión que preste mérito á un litigio, la sustanciación de un juicio civil ordinario.

En la ley tienen establecida una tramitación especial los juicios de desahucio, de retracto, los interdictos, el arbitral, el de amigables compondores, el ejecutivo, el de menor cuantía y el verbal, prescindiendo de las anomalías que se advierten en los procedimientos de las testamentarias, ab-intestatos y concursos, como también en la asignación de los alimentos provisionales, depósito de personas, etc.

Los incidentes, la declaración de pobreza, las acumulaciones y recusaciones tienen señalada una pauta, á que deben conformarse, y asimismo los recursos de fuerza y casación.

Las tercerías á pesar de que nazcan en el seno de un juicio ejecutivo, deben sustanciarse en vía ordinaria, (995) y asimismo la demanda de nulidad promovida contra un acto de conciliación.

Las impugnaciones de la habilitación ora concedida ora por concederse, también (1525) serán ventiladas con la anchura de un juicio civil.

El art. 517 establece idéntica tramitación para la oposición al convenio, y lo mismo (554) para la oposición á la declaración del concurso, y á la que se haga á la elección de síndicos: el artículo 598 hace igual prevención con respecto á las impugnaciones de los acuerdos de las juntas de acredores ó decisiones del juez en el concurso necesario. (Véase asimismo el 629.)

También se conoce en juicio ordinario (655) de la reclamación que conceda ó niegue los alimentos al dador.

La ley hace estas y otras declaraciones con respecto á algunos negocios y conviene tenerlas presentes para no incurrir en error por los perjuicios que podrían originarse á las partes.

Sin embargo, cabe dar algunas reglas para que se obre con seguro discernimiento en varios casos que pueden ocurrir.

La cuantía de la suma ó cosa, ó hablando con mas exactitud, el interés que se reclame es uno de los datos que deben tenerse en cuenta: de modo que la primera regla será la de que el juicio ordinario debe entablarse siempre que se pida una cantidad que exceda de tresmil reales ó una cosa que valga mas que esta suma.

Pero es preciso en estas materias no limitarse á las apariencias; no mirar las cosas por la corteza sino penetrar en el fondo, porque puede haber casos en los que la cantidad reclamada sea muy pequeña, y sin embargo sus consecuencias sean de una trascendencia extraordinaria. De consiguiente, la segunda regla será la de que siempre que la cantidad reclamada envuelva un gravámen perpétuo ó considerable, la decision implícita de cuestiones graves ó puntos de trascendencia, deberá ventilarse el asunto en juicio ordinario. Por esta razon si se reclamase un censo, aunque de corta pension, ó una suma que aunque pequeña fuese necesario para dictar una decision presuponer ciertos hechos ó antecedentes no ventilados todavía, como la paternidad ó la sucesion testamentaria ó ab-intestato, la cuestion no podria decidirse en otro juicio que en el ordinario; pero conviene tener presente que si el censo está reconocido y acerca del gravámen no hay ninguna duda, las pensiones bien se pueden pedir en un juicio de menor cuantía ó verbal, segun sea su importe.

Algunos comentadores han establecido otras reglas sentando que para los negocios que versen sobre indeterminada universalidad de bienes ó en que no pueda darse su valor liquido y positivo á las cosas, como por ejemplo en las herencias; los que tengan por objeto la reclamacion de un derecho inestimable ó los que giren sobre el estado civil y político de las personas como la filiacion, el juicio civil ordinario es la tramitacion que debe adoptarse. Nosotros opinamos que todas las reglas se reasumen en un principio que ya indicamos en la página 155 del tomo 1.º: se ventilarán en juicio ordinario todas las cuestiones relativas á cantidades ó cosas por pequeñas que aquellas sean, ó corto el valor de las segundas, siempre que la cuestion no se concrete precisamente á la cantidad ó cosa, si no que verse sobre la causa, título, ó fundamento de la obligacion, que tenga efecto trascendentales.

En la página 155 y siguientes haciendo mérito de los artículos 1165 y otros, hemos manifestado el sistema que debe seguirse

cuando el demandado pretendiese que la cuantía es mayor que la de seiscientos reales.

Al explicar los juicios de menor cuantía, nos haremos cargo de la disposición del art. 1433.

Por lo que respecta al juicio civil ordinario, cuando examinemos las excepciones dilatorias trataremos de este punto estendiéndolo á él las observaciones que hicimos sobre los incidentes.

Explicado en general qué se entiende por juicio civil ordinario y los casos á que es aplicable esta sustanciación, deberíamos entrar desde luego en el exámen de sus reglas y prescripciones á que está sujeto, si no fuese necesario examinar preliminarmente una materia que la ley ha colocado como un cuerpo avanzado de estos juicios, y que reputa como diligencias preparatorias para su incoación. Preciso es, pues, que nos ocupemos ante todo en el exámen

De los modos con que puede prepararse el juicio ordinario.

A las veces se tiene un derecho que se puede deducir en juicio ordinario, pero para conseguirlo es imprescindible hacer algunos preparativos: impedirlos equivaldría á cerrar las puertas del templo de la justicia. El legislador que no quiere que un derecho se ahogue en el nacedero en perjuicio de la justicia, concedió en el art. 222 cinco medios de preparar el juicio ordinario.

Es el 1.º *pidiendo declaración jurada el que pretende demandar á aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algun hecho relativo á su personalidad, sin cuyo conocimiento no puede entrarse en el juicio.*

Segun estas palabras el juratorio ó posiciones únicamente podrán pedirse á uno sobre su calidad de heredero, sobre si era ó no gestor de una sociedad, sobre si era administrador y otras, pero no acerca del fondo del negocio y otros extremos que en su caso deben ser materia de la prueba testifical. Esta determinación se ha consignado con arreglo á lo prescrito en la ley 1.ª, tit. 10, Partida 5.ª, que no permite hacer al demandante ni al demandado antes de abrirse la causa á prueba otras preguntas que aquellas que sean de tal naturaleza, que si el demandador no las hiciese en aquel tiempo, é otrosí el demandado no respondiese á ellas, que

non podrian ir adelante el pleito ciertamente, v. gr.; se puede preguntar, dice en conformidad á esta ley un práctico, al que se quiere demandar como heredero si lo es ó no; al padre si su hijo tiene ó no peculio, y á cualquiera si es ó no de edad bastante para litigar, mas no preguntar sobre el fondo, sino en el caso que señala la ley 4.^a, tít. 18, lib. 11 de la Nov., que es el de que teniendo uno un vale pida el reconocimiento.

Pero la nueva ley es en cuanto á esto último mas amplia, pues en el art. 942 permite para preparar la accion ejecutiva pedir confesion judicial al deudor simplemente, ya tambien sobre un título que carezca de aquella por sí solo y que necesite con este objeto el reconocimiento. Están, pues, á nuestro entender en un error los que presuman que á virtud de la nueva ley no se podrán dirigir á un deudor posiciones, preguntándole antes de incohar un pleito, si debe ó no tal cantidad, ó si ha ejecutado un hecho de que le provenga una responsabilidad que pueda dar lugar á ejercitar privilegiadamente una accion. ¿Cómo puede el juez negar esta diligencia prévia existiendo lo determinado en el art. 942? ¿No tendria el que la pide, si el juez la negase, á pretesto del número 1.^o del art. 222, motivo para apoyarse en el art. 942 diciendo que pide el juratorio para preparar la accion ejecutiva? Bien terminante estaba el art. 109 de la ley de Enjuiciamiento mercantil que prohibia que ni antes de la demanda, ni en ella pudiesen pedirse posiciones juradas á la parte demandada, informaciones de testigos, ni género alguno de diligencias probatorias, y sin embargo, hemos visto en los tribunales de comercio pedir posiciones por una disposicion muy semejante á la del art. 942, por la del artículo 515, en el que se permite obligar al deudor á que comparezca para que responda á las posiciones que presente el acreedor, si se hubiese de preparar la via ejecutiva por la confesion judicial ó el reconocimiento de su firma en el documento que sin este requisito no seria ejecutivo. En el mismo artículo se dice; negando el deudor no podrá despacharse la ejecucion y el acreedor usará de su derecho en el juicio correspondiente para probar la legitimidad de la obligacion en que se funde su crédito: luego es lícito, segun la ley mas severa, pedir posiciones con el designio de entablar una ejecucion y ahorrarse las molestias y dilaciones de un juicio ordinario. Muy presentes deben tener estas observaciones los jue-

ces para no desestimar con ligereza las posiciones que pida alguno ante ellos á pretesto de un rigorismo excesivo, que es muy doloroso tenga lugar, porque tan temibles son la exageracion en la inteligencia de los preceptos de la ley y el celo nimio por su observancia, como el descuido y la apatía. En esta materia es muy difícil dar reglas, sin embargo, vamos á fijar las que nosotros nos hemos formado despues de meditar la ley, y las que observariamos si desempeñásemos el cargo de la judicatura.

1.ª Puede el que trata de demandar á otro pedirle declaracion jurada sobre algun hecho relativo á su personalidad, sin cuyo conocimiento no pueden entrarse en juicio. Hechos relativos á su personalidad se entienden en algunos casos, no solo las cualidades de la persona, sino la intervencion que tuvo en algun negocio: por ejemplo, hecho relativo á personalidad es el de si tiene la calidad de tutor ó heredero, y tambien el de si aprobó con su asistencia á una junta algun hecho ó escritura de que le nazca obligacion. El que reconozca su asistencia á una junta que condonó un crédito reconoce la personalidad de acreedor cedente.

2.ª Pueden solicitarse posiciones pidiendo el reconocimiento de una firma estampada en un documento privado por aquel á quien se pide.

3.ª Puede pedirse igualmente sobre haber contraido una deuda ó una obligacion que dé lugar á que se exija ejecutivamente su cumplimiento.

Con estas reglas se facilita mucho la ejecucion de la ley y se evita el abuso de pedir juratorios interminables sobre hechos conexos que marean al que es llamado á juicio y que le colocan en la angustiosa alternativa de callar ó confesar lo que no sabe si le perjudicará, y que contestado ó no, da lugar á caprichosas inducciones, mas propias de una escuela sofistica que de un tribunal en donde siempre los argumentos deben ser claros y no el parto laborioso de una lógica violentada y sutil.

De la exhibicion.

Como segundo medio de preparar el juicio puede pedirse *la de la cosa mueble que en su caso haya de ser objeto de accion real que trate de entablar* (núm. 2 art. 222).

La exhibicion es una materia que merece tratarse con algun

detenimiento por cuanto es una de aquellas que no dieron una gran importancia en nuestros jurisconsultos, porque tenían otros medios sumamente fáciles de conseguir el objeto. Por ejemplo, antes de la nueva ley con el menor fundamento podía pedirse un embargo preventivo, y con él, usando de destreza se ocupaba la cosa que hubiera sido penoso conseguir que se exhibiese: en Aragon aun habia un medio mas espedito, pues estaba en práctica el proceso de inventario, en el que cualquiera alegando violencia y diciendo que ciertos muebles y papeles se querian sacar del reino contra fuero y justicia, iban el juez y sus ministros á la casa del inventariado y al señalamiento que hacia el inventariante ó un apoderado especial, ocupaban los muebles, alhajas ó papeles que este señalaba. ¿Qué necesidad habia, pues, de pedir á otro la exhibicion de lo que el mismo actor podia ocupar con una sorpresa? Ahora no sucederá lo mismo y será preciso apelar al medio lento de la exhibicion é incierto en resultados en la mayor parte de las ocasiones.

La accion *ad exhibendum* es la que se ejercita pidiendo, que se ponga de manifiesto una cosa para verla y para que pueda tratar de ella en juicio el que pide su exhibicion, ó como dice Escriche, la que tiene la persona interesada en alguna cosa para pedir al juez mande al poseedor de ella que la ponga de manifiesto, á fin de formalizar con mas claridad la demanda ó dar las pruebas correspondientes.

Supongamos que se ha extraviado un caballo y que aseguran al dueño que está en casa de N. que lo compró en tal feria: puede pedir aquel que lo exhiba para examinarlo y ver si efectivamente es el suyo é instar despues la correspondiente demanda con el debido conocimiento.

La accion *ad exhibendum* decian los jurisconsultos romanos, entre ellos Ulpiano, que era personal, que se dirigia á la persona, porque contra una persona se enderazaba directamente, aunque tuviese por objeto final la manifestacion de la cosa.

En seguida examinaron su origen y dijeron que no nacia de ningun hecho obligatorio de aquel contra quien se ejercitaba, si no de una suma equidad unida á la utilidad pública y privada, á saber es, del principio que establece que cada cual está obligado á hacer lo que de ningun modo le perjudica y aprovecha á otro para conseguir lo que se le debe ó pertenece.

Despues pasaron á investigar á quién y contra quién competía esta accion. Esta accion compete decian, á todo aquel á quien interesa que se le exhiba una cosa, y por lo tanto el juez al hallarse con una peticion de esta naturaleza debe examinar sumariamente, como corresponde en todas las diligencias preparatorias, si el actor tiene justa causa ó cuando menos probable para pedir la exhibicion.

La justa causa asiste, primeramente á los que tienen una accion presente para cuyo útil ejercicio es necesario la exhibicion; segundo á los que tienen una accion á la cosa, una accion con derecho cierto y que se realizará inmediatamente que se ponga de manifiesto.

A la primera clase de acciones corresponden las que se conceden al legatario á quien facultó el testador para elegir una cosa; á las segundas la que tiene el que pide la exhibicion de un testamento en el cual presume que se le deja un legado: las leyes 16 y 17, título 2.º, Partida 3.ª contienen otros varios ejemplos. Asi es que los tratadistas sostienen que para que pueda tener lugar la accion exhibitoria es necesario un título, porque el que no tenga ninguna accion presente para cuyo ejercicio sea indispensable la exhibicion ni ninguna tampoco que pueda realizarse con ella, carecerá de derecho para intentarla por mas que tenga interés en que se le muestre la cosa, poniendo los autores un ejemplo sumamente espresivo, cual es el de que por mas interés que tenga un hombre docto en que se le pongan de manifiesto los libros agenos para instruirse, carecerá de accion para solicitarlo judicialmente.

1 Sin embargo, los jurisconsultos romanos concedian la accion *in factum* usando de cierta benignidad, y presentaban como un ejemplo el de uno que hubiese escrito algunas anotaciones en un libro ageno, á quien por equidad se le concedia que pudiera pedir la exhibicion.

Resta solo examinar ahora contra quién puede intentarse esta accion, y deberemos decir que corresponde contra aquel que posee ó de cualquier modo teniendo la cosa, goza de la facultad de restituirla, y sobre todo contra aquel que se valió de dolo para dejar de poseer.

El que ha sido condenado á la exhibicion debe presentarla en

el local del juicio y en el estado que tenia cuando la recibió, y si la oculta ó la destruye maliciosamente queda obligado al resarcimiento de los perjuicios.

Las Partidas trataron tambien de esta materia en la ley 16, tít. 2.º ya citada, y en las 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, que pueden servir de comprobantes á lá doctrina que hemos sentado.

Debemos advertir que aunque el núm. 2 del art. 222 limita la exhibicion á la cosa mueble que en su caso haya de ser objeto de la accion real que se trate de entablar, los comentadores, y con razon, están conformes en que podrá ejercitarse tambien cuando se haya de hacer uso de la accion mista. De las acciones reales y mistas hemos tratado en la pág. 407 y siguientes del tomo I, debiendo advertir que por mistas se entienden tambien las hipotecarias, y que compete igual derecho cuando se hayan de entablar acciones dobles, como las que se espresan en el núm. 5 del mismo artículo 222.

Hemos hecho una esplicacion estensa de la doctrina de la exhibicion, que no solo tiene aplicacion al segundo medio del artículo 222, sino tambien al del tercero, en que se dice que podrá pedirse la preparacion del juicio ordinario, *pidiendo el que se crea heredero, la exhibicion de un testamento ó codicilo.*

Ya hemos visto que este es uno de los casos en que se tiene una esperanza que puede realizarse con la exhibicion del instrumento, y que autoriza para pedir que contribuya á realizarla el que es poseedor de dicho instrumento, puesto que de hacerlo no se le sigue ningun perjuicio. Lo que se le exige es la revelacion de la verdad, que debe resultar patentizada por la escritura que ponga de manifiesto.

Algunos comentadores limitan mucho, en nuestro concepto, la disposicion de este número, puesto que dicen que solo tendrá lugar la solicitud de la exhibicion cuando se trate del testamento original ó de las memorias testamentarias, pues si el heredero, coheredero ó legatario desean tener un traslado de una escritura que pueden obtener fácilmente de un notario, deben sacarlo á su costa. Es cierto que no hay razon ni fundamento para que se moleste con la solicitud de exhibicion al que por curiosidad ú otro motivo se ha procurado un instrumento: pero conviene distinguir de casos: si los que lo estrajeron fuesen albacéas, si como here-

deros se posesionaron de la herencia, no hallaríamos inconveniente en que se les precisase á la exhibicion, porque no parece equitativo que por una manda poco considerable se haya de gastar el legatario una suma crecida: distinguiríamos tambien entre el caso en que las notas ó el protocolo estuviesen en el mismo pueblo, en que se hubiese de entablar la demanda, ó se hallasen á larga distancia; de manera que segun se deja conocer, este es un punto en que la prudencia y buen juicio del juez deben decididir segun los casos y circunstancias.

El núm. 4.º del citado artículo refiere otros casos en que puede pedirse la exhibicion que espresa en la manera siguiente: *pidiendo el comprador al vendedor ó el vendedor al comprador, en el caso de eviccion, la exhibicion de títulos ú otros documentos que se refieran á la cosa vendida.*

El que compra una finca debe recibir del deudor los títulos de dominio que se le trasmite, y esta es una obligacion que el vendedor debe cumplir para que el adquirente pueda verificar su defensa en los pleitos que le ocurrieren. Si pues tuviera que instar un litigio el comprador, y el vendedor no le hubiese entregado los títulos, podrá promover esta peticion y si el vendedor se viese acometido con un litigio por eviccion, y hubiese entregado los títulos al comprador, podrá solicitar á su vez que este se los exhiba á fin de que le sea dable cumplir con las obligaciones que se impuso en el contrato; por eso en el número 4.º del artículo citado se dice que podrá tambien prepararse el juicio ordinario pidiendo el comprador al vendedor, ó el vendedor al comprador en caso de eviccion la exhibicion de títulos ú otros documentos que se refieran á la cosa vendida; de suerte que la exhibicion es concreta á los documentos que dicen relacion á los contratos que celebraron entre sí y no puede hacerse extensiva á otros, porque solo con respecto á ellos tienen derechos recíprocos el comprador y vendedor.

El mismo artículo en el núm. 5.º autoriza á un socio ó comunero para pedir la presentacion de los documentos y cuentas de la sociedad ó camunidad al condómino que los tenga en su poder, porque los papeles de la sociedad no son de un socio solo, sino de todos, y de consiguiente todos tienen accion para verlos y examinarlos, y en tanto grado es esto cierto, como que á pesar de lo sagrados que se reputan los libros mercantiles, el art. 50 del Código

de comercio autoriza su reconocimiento general en los casos de liquidacion de compañía, y en el 51 concede á instancia de parte ó de oficio la exhibicion, siempre que la persona á quien pertenezcan los libros tenga interés ó responsabilidad en la causa de que proceda la exhibicion.

Lo que acontece en la sociedad se verifica tambien en la comunidad, y por esta entendemos una posesion indivisa de diferentes bienes y derechos por varias personas. Un padre, por ejemplo, fallece dejando una casa ó una dehesa ó diversos bienes que no se han dividido: todos los hijos son comuneros y tienen derecho á las escrituras que conserve en su poder uno de sus coherederos ó condomino, y podrán pedir que se les pongan de manifiesto cuando convenga á su derecho el exáminarlas.

El art. 222 no señala otros casos. pero ¿debemos inferir por eso que no los haya, y que por identidad de razon la exhibicion no pueda pedirse? Nosotros opinamos que esa enumeracion que hace el artículo es por via de ejemplo y no taxativa, como dicen los prácticos, y desde luego vamos á presentar un caso que puede ofrecerse con frecuencia. Uno de los herederos conserva en su poder los papeles honoríficos de la familia, como son las infanzonias, diplomas, bulas, etc.: supongamos que uno de los herederos tiene hijos, y que para varios fines le convenga pedir la exhibicion de estos documentos; no cabe duda, en nuestro concepto, que el coheredero que los tenga estará obligado á exhibirlos.

Si uno es inmediato sucesor á un mayorazgo ¿no podrá exigir que se le muestre la escritura de fundacion?

El artículo concluye diciendo que *el juez accederá en estos casos á la pretension, si estima justa la causa en que se funda. Las demás las rechazará de oficio.*

Preventivamente hemos establecido la doctrina relativa á las exhibiciones, y hemos propuesto las reglas que deben seguirse, de suerte que segun nuestros principios, el juez no debe repeler tales pretensiones, sino cuando no vea un derecho próximo ó remoto y advierta meramente una curiosidad, que no merezca tomarse en consideracion.

Si á pesar de esto negase una exhibicion que fuese justa, creemos que el interesado podría recurrir al mismo juez, y que no ob-

teniendo la reposición de la providencia podría usar del remedio de la apelación.

Para que se otorgue la exhibición, acaso sea necesario hacer informaciones y producir pruebas, á fin de que el juez se decida á concederla, y solo con esta esplicación puede entenderse el contenido del artículo que vamos á citar en seguida.

Concluye la ley la sección de este título con el artículo 225, en el que dice: *fuera de los casos expresados en el artículo anterior no podrá pedir el demandante posiciones, informaciones de testigos ni ninguna otra diligencia de prueba; salvo cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia á punto con el cual sean difíciles ó tardias las comunicaciones, ú otro motivo poderoso pueda esponerse el actor á perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el juez decretará que sea examinado el testigo ó testigos que estén en las circunstancias referidas, verificándose su examen del modo que se previene en los artículos 506 y siguientes de esta ley.*

La ley en la redacción de este artículo parece que se ha propuesto poner un coto á las demasías de los litigantes, que se afanan en el vestibulo del pleito en hacinar materiales inconexos: el artículo les dice, os prohibo desde el principio alterar el orden de sustanciación: el término de prueba llegará y entonces probareis: escluye de consiguiente las prematuras informaciones de testigos, las posiciones estemporáneas, fuera de las que anteriormente ha permitido; pero guiada por un principio de equidad, cuando el actor se ve espuesto á perder los elementos justificativos de su derecho por la probable muerte de un testigo de edad avanzada por sus achaques, enfermedad, viaje á climas remotos, autoriza que se reciba su declaración; pero aun entonces trata de evitar que se cometa una supercheria; estos testigos serán examinados bajo juramento, se enterará el juez de si tienen tachas ó defectos: repelerá las preguntas que considere impertinentes, aunque esta apreciación es muy difícil no habiendo principiado todavía la discusión: la parte demandada podrá presenciar el juramento; en una palabra: en estos pasos se observará cuanto oportunamente ha establecido la ley para que la prueba testifical ofrezca todas las garantías posibles, toda la seguridad que es dable obtener en las

cosas humanas. Si el demandado no ha comparecido, el juez ya sabe que tiene que hacer las veces de parte; esto es, redoblar su celo y su vigilancia, impidiendo que la malignidad se aproveche de la ausencia del contendor y asesine alevosamente su justicia imposibilitando su defensa.

La ley mas adelante, en el artículo 233, concede iguales beneficios al demandado. Y no podia ser otra cosa, porque la ley es justa, y no puede concebirse la justicia sin la reciprocidad y sin que al actor y al demandado se concedan iguales medios, se otorguen los mismos recursos. La ley dice como Dido: *Tros, tyriusque mihi æquo discrimine agetur.*

Una duda puede ofrecerse, y es la de si estos medios preparatorios del juicio serán aplicables á los de menor cuantia y verbales. La ley los establece para la preparacion del ordinario, pero la razon es la misma para los otros. Y á la verdad, porque un legado sea de 5000 rs. ¿puede haber un motivo para que no se permita al legatario pedir la exhibicion del testamento? Lo mismo podremos decir de las demás prevenciones que contiene el art. 222.

Tambien puede considerarse como un medio de preparar el juicio la ejecucion de un embargo, que puede reputarse como una diligencia previa, que tiende á evitar que aquel sea ilusorio.

Como que en el tomo I, página 166 hemos tratado estensamente de los embargos, nos referimos á lo que esponemos en aquel lugar.

CAPITULO II.

De las partes de que se compone el juicio ordinario y su explicacion de la demanda, emplazamiento etc.

Antes de entrar en la explicacion del juicio civil, ordinario nos parece del caso indicar que consta de demanda, emplazamiento, contestacion, pruebas y sentencia. Estas son sus partes principales. pues no pueden considerarse en tal categoria, los escritos que podrian omitirse sin que se resintiese la esencia del procedimiento.

De la demanda sus requisitos etc.

Al examinar el art. 224 que dice que *el juicio ordinario principiará por demanda, etc.*, no podremos menos de manifestar que esta redacción da lugar, ya que no á dudas, á lo menos á deducciones poco lógicas. Seguramente no solo el juicio ordinario, sino todos principian por *demandas*, porque necesario es que el litigante hable para que el juez pueda administrarle justicia, que pida para que se le dé. Demandas hay en el juicio ejecutivo (945): en el de menor cuantía (1156): en el verbal (1166). Así que, si nosotros hubiésemos redactado la ley, en un título general comprehensivo de las cosas comunes en todos los juicios, hubiéramos tratado de las demandas, advirtiendo las particularidades que debían distinguir las que se formularan en las diversas clases de juicios.

Notar debemos asimismo, con varios comentadores, que aunque el juicio exige por su naturaleza que haya demanda, esto en rigor no es su principio sino su base, el fundamento, pues el juicio ó sea la controversia principia cuando se contesta la demanda, esta es, se impugna la petición del actor y se traba la contienda: pero dada la verdadera y legal interpretación al artículo 224, son hasta cierto punto indiferentes las palabras, pudiendo únicamente manifestar que la redacción hubiera sido más conforme al idioma forense diciendo: para la incoación de un juicio debe preceder la presentación de la demanda.

Más dejando á un lado estas observaciones, entraremos en materia.

Después de preparado el litigante con el juicio de conciliación y con el nombramiento de procurador que le represente en las actuaciones, en que es indispensable su representación en esta forma; después de enterado del juez ante quien debe comparecer, es necesario que formule su demanda. Esta es la piedra angular del juicio, la primera base del procedimiento: con efecto, este escrito es el que va á poner en ejercicio la inteligencia y jurisdicción del juez y á conmover profundamente quizás á un adversario, que sino ha de sufrir una condenación, es preciso que oponga la más vigorosa resistencia. La demanda no es otra cosa que una petición

respetuosa que se dirige al juez para que mande dar, hacer ó pagar lo que se pide.

Toda demanda, dice el artículo 1.º, *debe interponerse ante juez competente*; y ya hemos explicado las causas generadoras de la competencia del juez; ya hemos dicho también quiénes, según el 12, eran hábiles para comparecer en juicio. Estas son cualidades distintas de las que comprende el título 7.º, pero antes de llegar á sus artículos, nos es preciso recordar otros del título 1.º En ellos determina la ley cuáles son los documentos que indistintamente deben acompañar á toda demanda, y son, según el artículo 18.

1.º *El poder que acredite la personalidad del procurador, siempre que este intervenga*; que lo será en todos los casos no exceptuados en el artículo 13.

2.º *El documento ó documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona ó cuerpo, ó cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro trasmisido*; como por ejemplo, si uno obrase como administrador general de un título, como heredero ó como cesionario, preciso sería que acompañase los documentos que acreditasen estos extremos.

3.º *La certificación del acto de conciliación, ó de haberse intentado sin efecto en los casos en que es indispensable para entrar en juicio*, sobre cuyo punto ya nos hemos detenido bastante.

Están cumplidas con las prescripciones del artículo 18 ciertas solemnidades estrinsecas, por decirlo así: ahora vamos á tratar de otras; el legislador pasa en el art. 224 á explicar la manera con que se debe redactar la demanda diciendo que en ella, *espuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho se fijará con precisión lo que se pida, determinando la clase de acción que se ejercite, y la persona contra quien se proponga*.

Para redactar este artículo, se habrá tenido presente el 41 de la ley de enjuiciamiento mercantil.

Nada de nuevo, excepto la numeración de los hechos (práctica que se observaba en los tribunales de Aragón), contiene este artículo: sus prevenciones aunque en distinto lenguaje se encuentran en las leyes del título 3.º, libro 11 de la Novísima. Sin em-

bargo, el artículo, muy oportunamente previene que los hechos deben esponderse sucintamente como también los fundamentos de derecho, porque el lenguaje forense, sobre todo en las demandas, debe ser preciso, lacónico y nada redundante; corrección y exactitud; nada de verbosidad, ni perifrasis: las galas oratorias, las amplificaciones no cuadran en un escrito de demanda, que debe ser el cimiento del edificio de un pleito: en los cimientos no se colocan jamás las piedras pulimentadas. A las veces una amplificación en la demanda perjudica á la misma parte demandante, como las ropas tales embarazan al que se dispone á la lucha ó á la carrera.

No podemos menos de alabar el mandato de que enumeren los hechos y los fundamentos legales. ¡Qué claridad no resulta de dividir por artículos un escrito, de concretarlo á puntos determinados! ¡Con cuánta facilidad no podrá enterarse el juez de la resultancia del proceso, si el demandante articula todos sus escritos y lo hace también el demandado en su contestación! ¡Qué economía de trabajo para el relator! ¡Qué ventaja para la impugnación poder citar el párrafo que se ataca! Con razón decían los ilustrados escritores de la *Enciclopedia* de derecho y administración, que el uso del artículo ha introducido de pocos años á esta parte una novedad tan clásica y trascendental en la literatura y en la redacción de las leyes y documentos oficiales, que ella sola bastaría á hacer distinguir los escritos, leyes y códigos del presente y último siglo de los de las épocas anteriores. Nosotros diremos que el mandato de articular los escritos debe producir una revolución en el foro. (1) Una demanda, un alegato, no serían un Océano en donde se arrojarían especies tras especies que sería difícil ir á buscar después de la primera lectura, sin señalarlas con notas marginales, al paso, que el abogado y el juez hallarán fácilmente lo que les chocó, poniendo una simple nota con referencia á los artículos. Todavía en el formulario que acompañaremos se verán ciertas mejoras que aceptadas contribuirán á realizar el pensamiento del legislador.

Previene este también que se fije con precisión lo que se pida; (bastando la designación general en algunos casos como en las he-

(1) La prevención que se hace para la demanda, la buena práctica debe extenderla á los demás escritos. La numeración es un elemento de claridad. En este supuesto hablamos.

rencias) y por qué accion, porque habiendo de servir de materia esta accion á la discusion judicial, es preciso puntualizarla, mayormente habiendo de fundarse las sentencias. Bastará, por ejemplo, que se diga que se pide por accion de crédito ó de dominio, sin que sea necesario como entre los romanos, descender á la denominacion de la accion. Y conviene mucho al mismo demandante, y mas ahora que se especifique terminantemente el fundamento de la demanda, porque si se apoya en un título y accion que de él se deriva, absuelto el demandado, podrá incoarse de nuevo la pelea con otro título ó haciendo uso de otra accion. No podria hacerlo así, si meramente dijese que la cosa le pertenecia, y adoptase en el libelo esta generalidad.

Por último, es preciso decir la persona contra quien se pide, porque de lo contrario la demanda seria ciega, seria un verdadero aborto, y al hacer esta prevencion debemos añadir que deben expresarse cuantas circunstancias sean útiles para hacer venir en conocimiento de la persona demandada; se pondrá, pues, el segundo apellido; se designará su vecindad ó domicilio, en suma, no se omitirá nada de cuanto pueda contribuir á que las diligencias sucesivas del pleito se hagan con la correspondiente celeridad.

Al analizar los precedentes artículos hemos hablado de la parte estrinseca de la demanda, de su redaccion y método, y de los documentos que exigia la ley acerca de la personalidad del demandante ó del que haga sus veces, como el procurador; en el 223 se hace mencion de aquellos documentos relativos á la accion ó derecho deducido. Dice así, *además de lo prescrito en el artículo anterior* (no se refiere precisamente al anterior, sino al 18), *deberá acompañar el actor con la demanda. 1.º Los documentos en que funde su derecho.* Esto se entiende cuando la demanda necesite este apoyo, porque podrá haber algunas en que no sean necesarios. ¡Qué cosa mas natural, qué precepto mas justo! Si pide es preciso saber el mérito en que se funda para pedir: es necesario que presente los títulos en que se apoya la demanda, para que enterado de ellos el demandado, ó ceda si su fuerza es irresistible, si las consecuencias que de ellos se deducen son lógicas, ó para que busque y prepare otros con los que contradiga esta peticion.

La regla general es la de que el demandante debe acompañar los documentos á la demanda, pero puede ser urgente entablarla

y no tenerlos á mano. La ley previene lo que se debe hacer, disponiendo que si no los tuviese á su disposicion, designará el archivo ó lugar en que se encuentren los originales. Con esta designacion ya hay bastante para que se vea que la demanda no es vaga ni aventurada: pero la designacion debe ser muy concreta: si se trata de un testamento dirá quién ha sido el testador y si es posible el mes y dia en que lo otorgó, y si es dable, el notario que lo verificó.

Algunos comentadores pretenden que no escusará para presentar desde luego ciertos documentos, ni bastará su simple designacion para conseguir que despues se admitan, siempre que el actor haya podido adquirirlos sin mas que pedirlos y satisfacer el importe de su estraccion, como las escrituras que existen en los protocolos de un notario conocido. Demasiada nos parece esta rigidez, especialmente si se trata de litigantes pobres ó urge la presentacion del libelo.

Pero no parece justo que se prive al demandante de la presentacion de los documentos de fecha posterior; puede acontecer, por ejemplo, que á una finca, que pretende le entregue el demandado, tenga derecho por una escritura de cesion otorgada por ciertos habientes-derecho, y que despues, *inter moras litis*, vengan otros parientes confirmando esta cesion. ¿Por qué no le ha de ser permitido exhibir este documento? ¿Hay razon para que se le prive de este refuerzo, de este nuevo auxilio que ha procurado á su causa? ¿A qué combatiente se le priva de que refresque las tropas de su ejército y que aumente las armas indispensables para el combate?

Pero tambien se le admitirán los anteriores á la demanda si juráre que no tenia conocimiento de ellos. Esta disposicion es tambien justísima. ¿Es posible tener á la vista todos los documentos que nos pertenecen? ¿Cuántos no se hallan por mera casualidad? No todos los particulares tienen su archivo con su lucero: no todos han tenido la curiosidad, cuando han adquirido una finca de hacerse entregar los documentos referentes. En el archivo de Barcelona, en el de Simancas, todos los dias se están haciendo descubrimientos. ¿La crítica con mano severa habia de repeler los documentos nuevamente hallados? ¿Un tribunal repeleria con justicia los que descubriese un litigante? ¿No seria una iniquidad pronunciar una sentencia cerrando los ojos para no ver lo que visto hu-

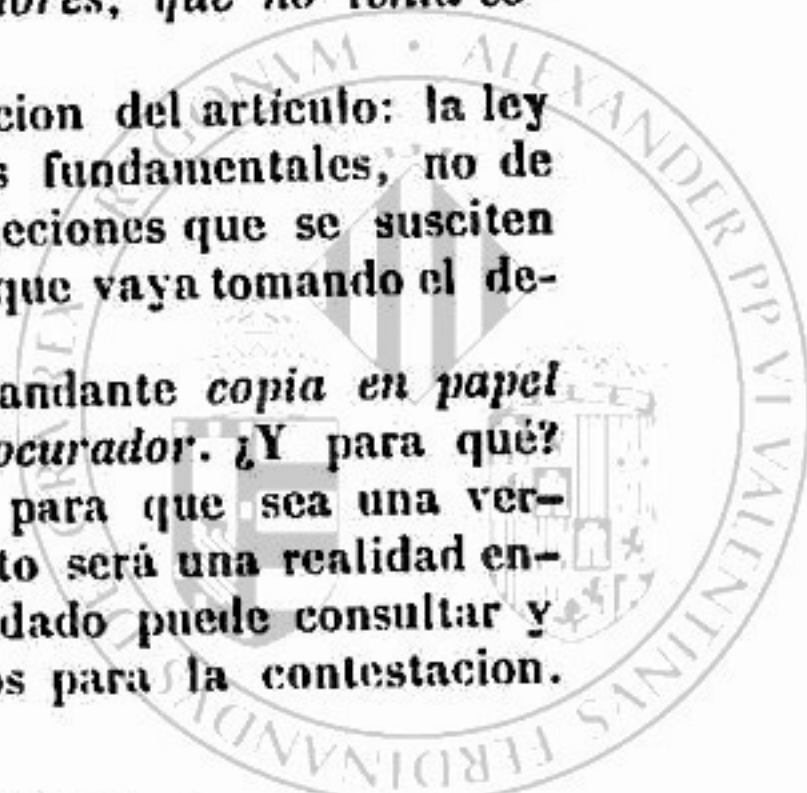


biera de tener grande influencia en el fallo? ~~Arrobanos, pues, que nos parece~~ pleno asentimiento esa determinacion de la ley, que nos parece conforme con lo determinado últimamente para que las escrituras aunque de fecha antigua, se registren en el oficio de hipotecas siempre que se presenten, decision fundada en la dificultad de que nadie pueda hallar en un plazo dado todos los documentos que le interesan, y en la injusticia de anular por una morosidad involuntaria y por una ignorancia invencible un instrumento que sea tal vez el origen y fundamento de derechos preciosos.

La ley exige una garantía, y es la del juramento, y nosotros francamente no la exigiríamos, porque es esponer á que se cometan perjuros, y poner en lucha el interés y la utilidad con la conciencia; porque ¿qué litigante será el que deje por este reparo de presentar un documento que le interese? ¿No seria esponerle á sufrir un perjuicio que no quiera Dios que se cause á nadie? Dios es la verdad, y la verdad es la que va á difundir ese documento en el pleito. Pero puesto que la ley lo exige, el juramento debe prestarse, y debe prestarse con verdad, bien que creemos que rara vez dejará de hacerse legítimamente, pues no hay litigante, ó serán pocos á lo menos, que no puedan decir con exactitud que no tenían conocimiento de que esos documentos pudieran servir para el pleito, cosa superior á su inteligencia y que depende de la del letrado á quien confian su patrocinio. Las palabras de la ley en dicho artículo 225 son las siguientes: *interpuesta la demanda, no se admitirán al actor otros documentos que los que fueren de fecha posterior, á menos que jurare, si fueren anteriores, que no tenía conocimiento de ellos.*

Pero es preciso no exagerar la disposicion del artículo: la ley prohíbe la presentacion de los documentos fundamentales, no de aquellos que obliguen á presentar las objeciones que se susciten durante la discusion y que exija el vuelo que vaya tomando el debate.

Por último, debe presentar el demandante *copia en papel comun de la demanda suscrita por el procurador.* ¿Y para qué? Para que se entregue al demandado; para que sea una verdad el auto de traslado. El emplazamiento será una realidad entregando esta copia. Con ella el demandado puede consultar y preparar todos los elementos necesarios para la contestacion.



La ley, al determinar la entrega de la copia, ha demostrado que conocía muy bien el corazón humano y la práctica: pudiera haber impuesto este trabajo al escribano, pero sabía que era muy fácil que lo dejase de cumplir: porque ¿cuántas veces no dejará de entregarse copia literal, á pesar de que se afirme así en las notificaciones? Además este trabajo de dar copia de los demandas era muy rudo para las escribanías, para el demandante muy sencillo y nada gravoso verificándolo en papel común.

En el art. 2.º de la instrucción sobre el procedimiento civil, por el Sr. D. José Castro y Orozco, se planteó esta innovación que ha conservado el art. 225 que citamos; algunos pretenderán que la ha mejorado; 1.º, porque expresa claramente que la copia debe ser en papel blanco; 2.º, porque no exige copia de los documentos como el art. 2.º, lo que era sumamente gravoso. La copia de la demanda basta, según dicen, para la ilustración del demandado, para que se prepare y no entre desapercibido en la lid.

Aunque la ley habla precisamente de copia en singular, es indudable que si los que se demandan con separación son varios, diferentes deberán ser las copias que se presenten: de lo contrario la notificación y emplazamiento adolecerían de un vicio sustancial (227).

Ahora preguntaremos nosotros. ¿El demandante podrá citar leyes en su libelo? Los fundamentos de derecho no son otra cosa que la ley y las doctrinas inconcusas que sirven de norte á los tribunales. No ignoramos que la ley 1.ª, tít. 14, lib. 11 de la Novísima hizo mención de la maliciosa costumbre de citar leyes, y decretales, y Partidas y fueros, porque los procesos se hagan luegos y no se puedan tan aína librar, y ellos (los abogados y procuradores) ha an mayores salarios, y que limitó la permisión de hacer estas citas para los informes ó defensa oral. Tampoco nos son desconocidas las leyes 8.ª y 9.ª del libro 2.º, tít. 1.º del Fuero Juzgo, en la primera de las cuales se dice: *Bien sofrimos et bien queremos que cada un onne sepa las leyes de los estrannos por su pro: mas quanto es de los pleitos juzgar, defendémoslo et contradecemos que las non usen....; nin queremos que de aqui adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrannas;* y en la 9.ª ordena que no tuviese el juez otro libro para juzgar sino aquel: pero en una ley moderna, respetable bajo todos conceptos, la del En-

juiciamiento mercantil en su art. 44, se permite citar las leyes del reino por su número, título, libro y cuerpo legal, y esponer sus disposiciones, pero no copiarlas á la letra, y en los informes se autoriza que lean su testo los letrados. Lo que prohíbe el art. 45 es abultar y prolongar los escritos con citas doctrinales de los autores que han escrito sobre jurisprudencia, ni de las leyes del derecho romano ó de países estrangeros, ordenando la devolucion de tales escritos, y la restitution por el letrado de los honorarios.

Creemos, pues, que en la demanda podrán citarse las leyes en la forma que lo dispone la ley de Enjuiciamiento mercantil; porque si las leyes se han hecho para aplicarlas en los pleitos, nada sería mas ridículo que prohibir su cita; esto equivaldria á impedir que el militar llevase al campo las armas que tiene depositadas en la armería. Si no es para la batalla, ¿para cuándo deben servir?

Si en la redaccion del libelo en general debe ser tan escrupuloso el demandante, todavía lo debe ser mas en la de la súplica, que es la parte predominante, la deduccion lógica de las premisas estampadas en el escrito: en la súplica debe espresarse lo que se pide ó bien individualmente ó con referencia á los artículos precedentes del libelo ó á la lista de bienes que se ponga al fin de la demanda, que en Aragon se llama bonavero, porque cuando se actuaba en latin se decia, *Bona vero quæ demandantur sunt hæc*. La súplica puede concebirse en forma declarativa, condenatoria ó mista; puede pedir el demandante que se declare que le pertenece una cosa, y como consecuencia que el demandado sea condenado á entregarla: puede pedir desde luego que sea condenado al pago de una cantidad ó hacer ó dar alguna cosa.

Las reglas establecidas para la demanda del juicio ordinario deben tenerse presentes para los demás, segun lo advierte con respecto al ejecutivo el art. 945 en lo que permita su índole respectiva.

Quedan completamente esplicados los requisitos de la demanda segun la nueva ley.

La demanda debe escribirse en papel de sello 5.º, ó sea de 4 reales pliego.

Hasta ahora era cuestionable si el juez podia repeler de oficio las demandas viciosas, distinguiendo generalmente los autores entre los defectos de derecho público, ó que decian relacion á los requi-

sitos sustanciales exteriores, y los que únicamente podían afectar á la parte; por ejemplo decían, si la demanda se presenta copiada en un papel sellado no correspondiente, si los documentos padecen igual defecto, la repulsa es procedente, pero si el poder no es bastante, si las inducciones no se hallan debidamente formuladas, si la relacion de la demanda es confusa, si la peticion no es concreta, á la parte demandada es á quien compete oponer estos defectos. Pero el art. 226 ha sido mas esplicito resolviendo las dudas y estableciendo como regla inconcusa, que *los jueces repelerán de oficio las demandas no formuladas con claridad y que no se acomodaren á las reglas establecidas.* De consiguiente el juez podrá repeler la demanda que no esté numerada, á que no acompañen la certificacion del acto de conciliatorio, ni los documentos necesarios para probar la aptitud legal del demandante, la en que se vea oscuridad ó inconexion, pero estos últimos vicios deben ser muy patentes para que el juez se decida á la repulsa y debe andarse con gran cuidado para no descender del asiento de su imparcialidad convirtiéndose en abogado de la parte demandada. Entre una escensiva tolerancia, y una escrupulosidad nimia hay un medio, y este medio lo enseñan la prudencia y el tacto fino, y no las lecciones ni los comentarios.

Pero la ley, que ha tenido por objeto hacer que los pasos que desde el principio se den en la senda de la justicia sean rectos y no torcidos, que procure un juez con *un pida en forma* evitar pretextos á artículos como los que podrían fundarse en la insuficiencia del poder, ó en no acompañar el certificado de la conciliacion, ha conocido que podían cometerse abusos por la presuncion de algunos jueces demasiado amigos de intervenir en todo, y por eso ha puesto la triaca junto al veneno previniendo que *las providencias que dictaren sobre esto (los jueces) si no las reponen serán apelables en ambos efectos.* Es permitido, pues, recurrir al juez esplicando lo que no comprendió, ó entendió en otro sentido que no es el que daba á sus palabras el demandante; y si persiste en su equivocacion, es lícito apelar. ¿Y si no se otorgase esta facultad no se concedería á los jueces la mas absoluta arbitrariedad, la mas funesta independendencia? Con decir está mal una demanda concederian un seguro á ciertas personas que quisieran favorecer y en sus manos estarían las llaves del templo de la jus-

ticia pudiéndolo cerrar para quienes tuvieran el capricho de cerrarlo y abrirlo, para quienes les acomodase. La ley si supone á todos los hombres buenos, los supone á todos sujetos tambien á debilidades y no excluye de este triste patrimonio de la humanidad á los jueces, tomando precauciones contra sus errores y contra sus injusticias, sea cual fuere el origen de que procedan.

Esta obligacion, que se impone al juez de enterarse de las demandas, le obligará á formar idea de los asuntos que se incohan en su juzgado y le dispondrá á no equivocarse despues en las providencias de tramitacion. Sabiendo la entidad del negocio podrá con acierto conceder ó negar unapróroga etc.

Esta práctica de proceder de oficio en la admision de las demandas es conforme á la que se observaba en Aragon en las primeras diligencias de los cuatro procesos forales, en las que decian los prácticos de aquel reino que los jueces hacian las veces de parte: pero despues ya no obraban si no á peticion de ella.

El juez, prévio el correspondiente exámen, determinará si debe ó no dar curso á la demanda: si lo negare, ya hemos manifestado lo que debe hacer ¿pero su negativa debe ser rotunda? ¿Cómo debe concebirse este auto? Nosotros opinariamos que lo concibiesen en los terminos siguientes: *no ha lugar en la forma que pide: pida en forma y se proveerá: ó arreglandose á las disposiciones tal y tal de la ley de Enjuiciamiento se acordará lo que proceda.* Véanse diversas fórmulas que pueden usarse y que prefeririamos á una repulsa seca de la demanda, que aunque para ninguno pueda significar una perencion del derecho que compitiese al demandante pudiera dar lugar á cavilidades.

Si el juez halla bien formulada la demanda y arreglada á las disposiciones que prescribe la ley, la admitirá, ó lo que es lo mismo, la habrá por presentada y acordará que se confiera traslado, pero con emplazamiento al demandado ó demandados.

El precepto contenido en el art. 227 de conferir traslado de toda demanda ¿echa por tierra la práctica que se observaba en algunos juzgados de dictar aquellos autos que podremos apellidar medios ó condicionales, ó si se quiere, mandatos de solvento? Antiguamente cuando se veia un derecho muy claro en el demandante, proveia el juez un auto en estos términos; pague dentro de

tantos dias, ó dé razones. El demandado en su vista ó callaba ó comparecía: en el primer caso el auto conminatorio adquiría la fuerza de una sentencia y de ordinario pasaba el juicio á la esfera de una ejecutoria: en el segundo se admitía la oposicion y se observaban los trámites de un juicio civil ordinario.

Nosotros por mas que creamos que en algunas circunstancias era conveniente esa práctica, la consideramos abolida por la nueva ley, de manera que á nuestro juicio no cabrá sino admitir ó repeler la demanda en la forma que hemos indicado.

Acordado el traslado con emplazamiento, el demandante procurará que este se haga observando las formalidades que dejamos esplicadas con toda estension en la página 461 y siguientes del tomo I.

Verificado el emplazamiento la parte demandada puede comparecer ó dejar de hacerlo. En este último caso tendrá lugar la acusacion de rebeldía segun se tiene explicado en la página 469 del referido tomo I.

Unicamente se debe advertir en este lugar como complemento de la doctrina espuesta y disposiciones allí referidas la especial que contiene el art. 255 que establece *que cuando los demandados fueren varios, el término para comparecer ó contestar empezará á correr respecto á todos el dia siguiente al en que el último hubiese sido emplazado*, porque hasta entonces no puede haber en la realidad juicio, porque no han sido citados todos. ¿Cómo podria progresar un juicio con regularidad, sino habia sido emplazado uno de los demandados? Si pues seria necesario esperar á que se practicase esta diligencia, justo y conforme era que la ley esperase para contar el término al emplazamiento del último, porque desde su fecha se abria real y efectivamente el palenque judicial. Hasta entonces no era dable agitar la cuestion litigiosa, porque el demandante no se habia puesto en el caso que debiera, en las condiciones que la ley le exige, que son las de citar y emplazar á las personas contra quienes dirige la demanda.

Para que se sepa si este término ha corrido ó no, y para que en su virtud pueda acusarse la rebeldía, se hace indispensable que se presenten las diligencias de emplazamiento. Este es un deber del demandante, que lo tiene de acreditar que ha cumplido con los preceptos de la ley llamando solemne y formalmente al juicio

á aquellos con quienes pretende litigar y sostener la discusion forense que promueve.

Hasta ahora hemos hablado del término que se concede á los demandantes para comparecer; pero hay otro término que otorga la ley para contestar. El demandado cumple con presentarse en el juzgado en el término que se le señaló, y no parece que pueda exigírsele ninguna responsabilidad cuando ha cumplido los preceptos del juez: asi es, que si comparece y no se le entregan los autos, no corre contra él término alguno, porque es claro que no puede contestar hasta que se le entregue el proceso, y hasta entonces, hallándose impedido para obrar no puede imputársele la inaccion. Esta doctrina se halla consignada en el art. 234 que dice así: *Personado en forma el demandado se le mandarán entregar los autos para que conteste dentro de nueve dias: pero como en el art. 251 se señalan seis dias para contestar, preciso sera que hagamos la correspondiente explicacion. Cuando no se deducen escepciones dilatorias, el término para contestar la demanda es de nueve dias, pero si se han alegado escepciones de ésta clase, el término se reduce á seis, y con razon, pues. el demandado ha tenido tiempo para enterarse de los méritos alegados y preparar su respuesta. Asi disolvemos la aparente contrariedad ó antinómia que existe entre los arts. 234 y 251.*

En la pág. 446 y siguientes del tomo I, hemos tratado de las providencias que puede dictar el juez para que litiguen unidos los demandados. Allí espusimos las dificultades que ofrecia esta disposicion del legislador, y en la pág. 504, manifestamos las reglas que deberian seguirse si se acordase la reunion de pobres y ricos para litigar. Unicamente creemos del caso añadir ahora que los inconvenientes que notamos en el art. 253 pueden evitarse en gran parte, esperando el juez para acordar la union de los litigantes en una sola defensa y direccion á que deduzcan las escepciones.

Por último, como complemento de lo que entonces dijimos, corresponde que añadamos varias observaciones; una de ellas es la de que este punto se considera prudencial de parte del juez que acordará la union, si asi lo creyese conveniente. Pero si la acordase y alguno de los demandados no creyese conforme esta providencia, ¿podrá apelar? Nosotros creemos que no puede negarse este recurso, y que su admision deberia ser en ambos efectos.

Otro caso nos ocurre y es el de que el juez no hubiese acordado la union de los litigantes, y que el demandante la pidiese fundado en la prolongacion que sufriria el pleito, si cada demandado hubiese de gozar con separacion un término. Nuestra opinion es la de que el demandante puede hacer esta peticion: que si le negare le es lícito apelar y que la apelacion se admita en ambos efectos: pero esto es hablando en rigor de derecho y atendida la ninguna prohibicion de la ley, porque mirando la cuestion bajo el aspecto de la conveniencia, la apelacion ni debia interponerse ni admitirse, porque en su tramitacion correria mas tiempo que el que se trataba de economizar.

Aquí es del caso, asimismo, que examinemos otra cuestion. El artículo 30 califica de improrogable el término para comparecer en juicio. ¿Se sigue de esta declaracion que trascurrido este término no podrá ya comparecer en el pleito? Nosotros entendemos, examinados los arts. 252 y 1181, que no podrá disputársele la admision en el pleito á un demandado, tomándolo en el estado en que lo encuentre, pues la improrogabilidad del término para comparecer, surte únicamente sus efectos en cuanto á la declaracion en rebeldia. Nos referimos sobre este particular á lo que tenemos espuesto en las págs. 468 y siguientes del tomo I.

CAPITULO III.

De las escepciones dilatorias.

Tenemos ya al demandado con el proceso entre sus manos y en disposicion de examinarlo, viendo si el demandante tiene llano y espedito el camino de la justicia de tal suerte que deba entrarse desde luego á discutir en el fondo y en la eseneia la cuestion á que da lugar su demanda. Muchas veces de este exámen resulta el convencimiento en el demandado de que no es conforme á la ley que se proceda al debate, y esto será cuando pueda alegar con buen éxito una escepcion dilatoria.

La palabra escepcion, tiene un sentido ó significacion general y otro especial ó concreto: así que las defensas son escepciones,

porque muchas veces acontece que aun cuando se reconozca la razon principal de la accion entablada, se alega un mérito que la destruye por causa de equidad, como por ejemplo; si uno pide el pago de una cantidad en virtud de una escritura y el demandado alega la escepcion de la fuerza ó el miedo. En sentido lato, la compensacion y el pago serán escepciones, porque como ya hemos dicho, esta expresion es general y se aplica á todos los medios de que se vale el demandado para rechazar la accion del demandante, aunque si se procede con exactitud, deberán distinguirse las defensas de las escepciones, porque las primeras dicen relacion al fondo, al paso que las segundas se entiende que son aquellos medios con los que el demandado, sin entrar en la discusion de la demanda pretende demostrar y sostener que el demandante debe ser escludido, ó temporalmente ó para siempre del ejercicio de su accion.

Las escepciones se dividian en declinatorias, dilatorias y perentorias: derivadas las primeras del verbo latino *declinare*, evitar, ó huir, tenian por objeto desentenderse de litigar ante el juzgado ó tribunal á que se citaba al demandado: con las segundas ó sea las dilatorias, (voz derivada del verbo latino *differre*, diferir,) se proponia el demandado dilatar la decision del proceso: y por último las perentorias, (nombre que provenia del verbo *perimere*, matar ó destruir), eran aquellos que destruian la accion ora por el defecto con que se habia introducido, ora por la ineficacia á que la reducía la escepcion: de manera que habia escepciones perentorias en cuanto á la forma, y en cuanto al fondo, ó sea, perentorias de la instancia, ó perentorias de la accion, correspondiendo por ejemplo á la primera clase la que se opusiese contra una demanda en la que no se espresase lo que se demandaba, y escepcion perentoria en cuanto al fondo seria la prescripcion ó la cosa juzgada.

La nueva ley de Enjuiciamiento prescindiendo de las teorías de los jurisconsultos ha dividido las escepciones en dos clases ó categorías tan solamente, en dilatorias y perentorias: las primeras pueden dar lugar á un artículo de prévio pronunciamiento: las segundas son méritos que deben reservarse para la contestacion.

No solo ha hecho esta novedad la ley, sino que ha reducido á un cortísimo número las escepciones dilatorias: solo son admisi-

bles, dice el art. 237 como tales: 1.ª *La incompetencia de jurisdicción* (antes se llamaba esta declinatoria); 2.ª *La falta de personalidad en el demandante ó su procurador*; 3.ª *La litispendencia en otro juzgado ó tribunal competente*; 4.ª *Defecto legal en el modo de proponer la demanda.*

La primera de estas excepciones ó sea la de incompetencia, puede proponerse por vía de inhibitoria, según hemos manifestado al examinar las cuestiones de competencia tomo I, pág. 678.

Pero si la nueva ley ha reducido el número de las excepciones dilatorias, en cambio ha creado solemnemente una nueva: pues si en nuestra legislación se reconocía á veces en el demandado la obligación de arraigar el juicio, (l. 66 de Toro) no hallamos que se hubiese tomado esta precaución con el demandante. En el artículo 258 dispone que *si el demandante fuese extranjero, será excepción también dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma, que en la nación á que pertenezca, se exigiere á los españoles.*

El Código francés en su artículo 166, y el de Holanda en el 152 establecen sin condiciones este género de garantía. Dice el francés.—*Todos los extranjeros que demanden como principales ó terceros opositores estarán obligados, si el demandado lo reclama, antes de que se alegue ninguna excepción, a prestar fianzamiento de satisfacer las costas y perjuicios á que pudiesen ser condenados.*

En España, la ley no ha sido tan absoluta: se funda para exigir este fianzamiento en el principio de reciprocidad, y si la nación á que pertenece el extranjero demandante no exige de los españoles demandantes esta garantía, no podrá tampoco solicitarse por estos. Al pronto podrá creerse quizás que hubieran hecho mejor nuestros legisladores en no haber establecido esta excepción, que cuando los franceses no la pusieron, á pesar de la protección que dispensan á sus naturales y de los ventajosos tratados que tienen hechos, no podrá producir sino embarazos en la práctica: pero el hecho es que los tribunales de Francia han establecido prácticamente en sus fallos el principio de la reciprocidad; y por eso, sin duda, nuestra ley la ha consignado en el texto del artículo 258 para evitar controversias.

Algunos inconvenientes puede evitar este artículo, cuyo fin

es bien manifiesto. El legislador se ha propuesto impedir que un extranjero, despues de haber promovido una demanda injusta, burle al español demandado impidiéndole el reintegro de las costas y perjuicios que le haya causado con el procedimiento. Nuestra ley habla del arraigo del juicio, y nosotros entendemos que este arraigo se limita al pago de las costas, gastos del juicio y demás daños y perjuicios nacidos del mismo y no de una causa anterior, como sostienen los comentadores extranjeros, equiparando esta caucion á la de *judicatum solvi*.

Hablándose en general de *extranjeros*, es claro que esta disposicion comprende á todos por elevada que sea su dignidad, de manera que hasta los embajadores quedarán sujetos á esta condicion: pero será únicamente en el caso de que sean demandantes, y no en el que sean demandados; porque la defensa es de derecho natural, y seria oponerles un obstáculo el exigir esta condicion, exponiéndole por este defecto á ser condenados en rebeldía. Hasta tal punto llevaron los comentadores franceses la aplicacion de este principio, como que eximieron al extranjero apelante ó que usase del recurso de casacion de la prestacion de esta garantía, no obstante que en es tos casos parece que tomaba el carácter de actor, porque como dicen aquellos, no hace mas que continuar su defensa. Nosotros creemos que la misma doctrina es aplicable á la disposicion del artículo 254, como tambien la de que un extranjero puede deducir esta escepcion contra otro extranjero, porque segun decia un tribunal de Francia, las disposiciones de los códigos son aplicables á todos los que tienen intereses que ventilar en los tribunales franceses.

Nos parece escusado advertir que la palabra *extranjero* debe tomarse en un sentido estricto y no lato, y que de ningun modo se podrá aplicar á los que se hallen naturalizados ó domiciliados, ni tampoco á los que tengan bienes sitios de su pertenencia en territorio español, porque si el objeto del arraigamiento del juicio es evitar que el español se vea burlado, cuando el extranjero demandante fuese condenado en costas, parece que queda cumplido siempre que la persona ofrece ciertas garantías.

Una duda podria ofrecerse, y es la de si esta peticion deberá deducirse antes que todas las otras escepciones, y si no habiéndola deducido en esta forma deberá ser desestimada. En nuestro con-

cepto, la afirmativa es la opinion mas segura; porque el que entra á litigar con un extranjero sin exigirle caucion, le considera hábil para el debate judicial, y no parece conforme que despues se retracte de los pasos que dió, y exija lo que en su caso debia haber exigido al principio.

Nos parece del caso advertir que la disposicion terminante del art. 258 no puede inducir de ningun modo la idea de que se hayan abolido las leyes sobre la obligacion de arraigar en ciertos casos el demandado el juicio.

Cual sea el efecto de proponer alguna de estas escepciones lo dice el art. 236, estableciendo que si el demandado *propusiere alguna escepcion dilatoria, no estará obligado á contestar la demanda hasta que se ejecutorie este artículo, que será siempre previo.*

De consiguiente, opuesta una de estas escepciones el pleito se suspende, su curso queda interrumpido, hay un episodio, un paréntesis hasta que se decida la cuestion subalterna y preliminar que se somete á la decision del juzgado: pero esto se entiende cuando se proponen dentro de los seis dias, segun determina el art. 259, disponiendo que *las escepciones dilatorias solo pueden proponerse dentro de seis dias contados desde el siguiente al de la notificacion de la providencia en que se mandaren entregar los autos para contestar la demanda: y añadiendo, que trascurrido dicho término deberán alegarse contestando, y no producirán el efecto de suspender el curso de la demanda.*

Hay, pues, una diferencia en los resultados, de deducir las escepciones dilatorias dentro ó fuera del término de los seis dias; diferencia establecida para castigar la morosidad del demandado en proponerlas: pero este castigo hubiera podido imponerse con la condenacion de costas, y además con una multa si fuere vencido el que formó el artículo, lo que preferiríamos al extraño contraste de contestar una demanda, que al mismo tiempo en el artículo implícito que se pide no tenga curso. Además la contestacion á la demanda simultánea con la oposicion de una escepcion dilatoria, pugna con la base que establece el art. 236, que es la de la suspension del curso del pleito.

En nuestro concepto, poco se va á adelantar con este rigor; porque bien examinado el asunto, todo se reduce á lo sumo al período de tres dias. El demandado debe contestar á la demanda den-

tro de los nueve dias, y las escepciones dilatorias las debe alegar dentro de seis: si contra lo prescrito en la ley no contestase al noveno dia y alegase escepciones dilatorias, la diferencia será de tres dias. ¿Y por tan pequeña diferencia se habría de embrollar el procedimiento, contestando sobre lo principal al mismo tiempo que se agitate el incidente? ¿No sería mas justo y conveniente imponer la pena que hemos indicado y desembarazar la sustanciacion, evitando que calificada la escepcion se hubiese de llegar tal vez al caso de dejar sin efecto todas las diligencias practicadas en lo principal del pleito? Es mas atendible esta observacion cuando se trate de la incompetencia por razon de la materia, pues entonces, como decian los legisladores franceses, que no dejan de ser dignos de imitacion en algunos puntos de su Código, esta escepcion puede oponerse en cualquiera época del pleito.

Pero en cambio, nos parece sumamente razonable el art. 240 (copiado del 186 del Código francés) en el que se previene *que á un mismo tiempo y en un mismo esento el demandado alegará todas las escepciones dilatorias: no haciéndolo asi solo podrá usar de las que no alegare contestando á la demanda.* De este modo se evitará el artificio de ciertos litigantes que llevando á cabo un plan meditado de prolongacion y entretenimiento principiaban con una escepcion dilatoria, y vencidos en el combate lo renovaban en otra, llegando por este medio como los soldados que pelean por escalones á agotar las fuerzas y paciencia de su adversario. Las escepciones que no se alegasen juntamente con las otras, únicamente podrán formar materia del escrito de contestacion.

Sustanciacion de este articulo.

Las demás disposiciones de la ley en este titulo son meramente relativas á las reglas que deben observarse en aquella.

Del escrito (241) en que se proponga la escepcion dilatoria, se dará traslado por tres dias al actor. De lo que dijere este, se dará copia al demandado.

Despues de esta breve discusion se recibirá á prueba el articulo por ocho dias improrogables, si los litigantes ó alguno de ellos lo solicitaren, ó el juez lo estimare necesario (242). Concluido que sea el término, se pondrán durante dos dias de manifesto en la

escribania las pruebas para que las partes puedan enterarse (243). Enteradas (estas) de las pruebas, ó si no las hubiese, dada la contestacion, mandará el juez traer los autos á la vista (244). Dentro del dia siguiente podrán las partes pedir se oiga á sus defensores, en cuyo caso se señalará al efecto el dia inmediato (245). Oidas las defensas, ó pasado sin solicitarlo el dia en que pueden pedir las partes señalamiento para la vista, mandará el juez traer los autos para su exámen (246).

La sentencia se dictará precisamente dentro de tercero dia, á contar desde el siguiente al de la vista, si la ha habido, ó en otro caso, desde el siguiente al en que se dicte la providencia mandando traer los autos (247).

En cuanto á la esencia del fallo, el art. 248 establece reglas que es preciso tener muy presentes. *El juez proveerá previamente (estas son sus palabras) sobre la declinatoria y la litispendencia si se propusiesen estas escepciones, porque si de buena fé se declarase incompetente ó conviniese en que el negocio no podia tener curso, por haber otro que debia continuarse y llevarse á término, seria una contradiccion que pasase con una reconocida carencia de jurisdiccion á determinar sobre las demás escepciones; pero añade el artículo que si el juez se declara competente, resolverá al mismo tiempo sobre las demás escepciones dilatorias, pues reconociéndose apto para conocer en el asunto, no debe dejar ningun estremo sin decidir.*

La sentencia que recayere es apelable en ambos efectos (249) y si se apelare, se remitirán los autos al Tribunal Superior, citadas y emplazadas las partes (250).

Aun cuando no se señala la tramitacion en la superioridad, creemos que deberá ser la que prescribe el art. 840.



CAPITULO IV.

De la contestacion á la demanda y escritos que preceden á la recepcion del pleito á prueba.

La contestacion es uno de los actos mas interesantes del juicio, el que verdaderamente va á fijarlo y establecer el rumbo que deben seguir los procedimientos sucesivos. La ley de Partida la llama raiz y principio del pleito, y aun cuando da estos mismos dictados al emplazamiento, cuadran mas especialmente á la contestacion, porque en ella se fijan las cuestiones del litigio, toda vez que aquella no es otra cosa que la respuesta que da el demandado á la demanda del actor, ora confesando, ora negando la causa ó fundamento de la accion.

La contestacion puede ser tácita es decir, presunta ó espresa. Tácita ó presuntamente contesta el reo la demanda con el silencio si comparece y no toma los autos, ó dejando de comparecer, que son los casos de contumacia mas ó menos lata: espresa será cuando esponga lo que á su derecho convinieren sobre la demanda.

Si el demandado entra desde luego á contestar la demanda, tiene por la ley (234) el término de nueve dias; pero si hubiese formado artículo de previo y especial pronunciamiento oponiendo excepciones dilatorias, únicamente tendrá el de seis dias, segun lo resuelve el art. 231, cuyo tenor es el siguiente: *Consentida (sinó se hubiese interpuesto apelacion del fallo del juez inferior), ó ejecutoriada la sentencia en que se mandare contestar á la demanda (lo que tendrá lugar si el tribunal superior hubiere decidido) se entregarán los autos al demandado (esto es, al procurador que nombre, pues la comparecencia en juicio debe ser por medio de procurador en el juicio ordinario (15). La contestacion deberá tener lugar dentro de los seis dias siguientes al en que se notificare el auto de entrega.*

Por el último miembro de este artículo queda proscrita y frustrada una práctica maliciosa, una corruptela digna de ser desarraigada con mano fuerte. En muchas ocasiones algunos litigante

se negaban á tomar los autos, y con esta apatia hija de un cálculo reprehensible, prolongaban indebida y artificiosamente el término que la ley concedia para la contestacion; pues pretendian que el apremio no cabia, no habiendo tomado los autos. Ahora ya no podrá tener cabida esta supercheria, mayormente cuando el término para la contestacion corre desde el dia siguiente á la notificacion del auto que ordena la entrega.

Este término no podrá recibir estension alguna para el que no tome los autos, pero el que los tomare, podrá gozar de mayor ó menor respiro segun sea la conducta del demandante que puede permanecer inactivo y aun si le acusa la rebeldia y se recogen los autos, puede con ellos ir la contestacion á la demanda, porque este término no es improrogable, y la tolerancia del demandante lo ha prorogado de una manera tácita.

Fijado el término dentro del cual debe contestarse la demanda, preciso es que examinemos la manera en que deba verificarse la contestacion. Prescindiremos de la presunta, ó sea de la que cabe suponer á virtud de la contumacia y fijaremos la atencion en que el demandado puede acceder á la peticion del actor, reconocer su justicia; si asi sucediere, el pleito quedaria cortado en su origen, porque no puede haber discusion judicial sino cuando mediase oposicion, y en un caso de esta naturaleza no existe.

Si el abogado y procurador, examinada la demanda se convencieren de su justicia, no están obligados en conciencia á impugnarla; pero no cabe que hagan un allanamiento reconociendo sino tuviesen poder especial de la parte, ó esta no firmase el escrito. Aun cuando el procurador tenga facultad con el simple poder á pleitos para interponer el recurso de casacion, no por eso le consideramos facultado para hacer un allanamiento, porque una cosa es continuar el pleito y otra extinguirlo: á lo primero tiende el recurso, pero lo segundo seria una consecuencia forzosa del reconocimiento de la justicia del demandante, acto que sale de la esfera de la defensa.

En los pleitos de pobre el abogado podrá tambien manifestar su concepto: entonces el tribunal ordenaba antes la celebracion de una consulta, y mandaba proceder con arreglo á su resultado. Recientemente en el Supremo Tribunal de Guerra y Marina ha ocurrido un ejemplar de esta manifestacion, hecha por un abogado nom-

brado en pleito civil para defender á un pobre, y procuraremos averiguar la final resolucíon adoptada para enterar de ella á nuestros lectores.

Llegado el caso de contestar derechamente á la demanda, el demandado formulará la contestacion en los términos prevenidos para que el actor formule la demanda. Si el actor debe habilitar con poder á su procurador, el demandado tambien; si el demandante debe justificar su personalidad, tambien la debe acreditar el demandado. A veces su defensa estribará precisamente en demostrar con los documentos que acrediten su personalidad que no es la persona sobre la que deba pesar la responsabilidad de la demanda.

La contestacion á la demanda tambien debe ser una esposicion sucinta y numerada de los hechos y fundamentos de derecho, en la que debe fijarse con claridad lo que pida el demandado expresando de una manera perspicua sus excepciones para que, llegado el momento del fallo, el juez pueda resolver con acierto lo que corresponda, refiriéndose con utilidad á este escrito por mas que no lo mencione el art. 253 segun ya lo observamos.

En la segunda parte del art. 255 se dice que lo determinado en los artículos 222 y 225 respecto al actor sobre exámen de testigos y presentacion de documentos se entenderá tambien en cuanto al demandado. Como ya hemos demostrado la justicia de esta resolucíon, escusamos detenernos mas, pasando á examinar el artículo 254, en el cual se establecen las reglas á que debe someterse el demandado en su respuesta.

En la contestacion á la demanda (254) deberá hacer uso el demandado de las excepciones perentorias que tuviere y de las dilatorias no propuestas en el término señalado en el 259 (en el de seis dias).

Habiendo determinado la ley segun acabamos de manifestar en el capítulo precedente que las excepciones dilatorias que especifica eran las únicas que podrian deducirse en un artículo de previo pronunciamiento, era natural que llegado el momento de la contestacion á la demanda abriese una ancha puerta para que pudiesen proponerse las excepciones perentorias de que pudiera valerse el demandado, y las dilatorias que no hubiese deducido en el periodo marcado. La primera parte de este artículo no hace

otra cosa que consagrar con mas amplitud los fueros y derechos de la defensa. ¿Como podria tener lugar esta sino pudiese oponer las escepciones perentorias, diciendo que el crédito estaba pagado ó compensado, que la cosa se hallaba prescrita, que habia sobre ella un juzgado irresistible, etc.? Si nosotros hubiésemos de trazar un catálogo de todas las escepciones perentorias, si hubiésemos de descender á esplicar un punto de derecho sabido por nuestros lectores, seria preciso que diese una estension inconmensurable á nuestra obra, asiendo de los cabellos una ocasion propicia para llenar el *Tratado* de generalidades y de cosas comunes, cuando nuestro objeto debe ser únicamente fijar la atencion sobre las innovaciones y poner á nuestros lectores en el caso de cumplir la ley aplicándola con rectitud y con acierto. Baste, pues, decir que *todas las escepciones perentorias, aun aquellas que se denominan mistas, pueden y deben alegarse en el escrito de contestacion á la demanda.*

Dos cuestiones ó dudas nos sugiere la lectura de este artículo, que vamos á proponer y resolver segun nuestro leal entender. 1.ª duda. ¿Las escepciones perentorias deben proponerse precisamente en el escrito de contestacion? Mas claro ¿no pueden proponerse en otro? 2.ª duda. Si se hubiesen presentado documentos, de los que se deduzca una escepcion perentoria, que no hubiese propuesto la parte, podrá utilizarla el juez calificándola en la sentencia?

Vamos á resolver la primera duda: aun cuando en el párrafo 1.º citado del artículo 254 se dice que *en la contestacion á la demanda deberá hacer uso el demandado de las escepciones perentorias que tuviere* y de estas palabras pretenderá inferirse que despues ya no será dable alegarlas, opinamos en contrario sentido, fundándonos en el artículo 256, en el cual se determina que *en los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, pudiendo modificar ó adieccionar los que hayan consignado en la demanda y contestacion.* Es asi, que los puntos de derecho no son otra cosa que las escepciones perentorias, ó á lo menos en ellas descansan: luego la consecuencia natural es que nuevas escepciones de esta clase podrán proponerse en los escritos de réplica y dúplica. Todavía hay otra razon muy poderosa: si al demandante se le permite presentar documentos nuevos con juramento,

¿seria lícito prohibir al demandado producir las nuevas excepciones perentorias que tuviese á su favor? ¿No seria entonces de peor condicion que el demandante? Tén gase en cuenta que al deducir estas excepciones el demandado no se aprovecha de su inventiva, sino que emplea en su beneficio una cosa, es decir, un hecho que ya existia y lo pone en juego en el pleito; y que por lo tanto no da lugar á que se suponga fraude ó mala intencion en producirlo. Además, si en el artículo 1049 el que ha interpuesto un recurso de casacion, por ser la sentencia contra ley ó contra doctrina legal, puede al devolver los autos en el Tribunal Supremo citar otras leyes y doctrinas legales distintas de las que habia designado como infringidas al tiempo de interponerlo, no sabemos como guardando consecuencia con lo dispuesto en este artículo pudiera prohibirse la produccion de excepciones perentorias en los escritos de réplica y dúplica.

¿Pero cabrá tambien la presentacion de excepciones perentorias nuevas de allí en adelante? Podríamos distinguir desde luego entre las excepciones que recientemente y durante el curso del pleito hubiesen nacido, y las antiguas. Con respecto á las primeras, como por ejemplo, si mientras agita el pleito hubiese otorgado el actor una escritura con un tercero que le imposibilitase para demandar, no abrigaríamos ninguna duda en que esta excepcion perentoria podria alegarse en cualquiera tiempo; y no solo en primera, sino en segunda instancia: pero con respecto á excepciones antiguas perentorias de las cuales, como de hechos propios debiese tener conocimiento el demandado, distinguiríamos otra vez; si estas excepciones eran de tal naturaleza que pudiesen ser combatidas con prueba testifical ó documental, opinariamos porque no se estimasen, y que á lo sumo se hiciera una reserva de derecho en la sentencia: pero si fueren de distinta naturaleza, nos inclinariamos á su admision y calificacion: concretándonos al primer caso, la excepcion de prescripcion ó de miedo podrá ser contrastada con la prueba que hiciese el actor, y seria injusto admitirla cuando ya no tenia oportunidad para rebatir las aseveraciones del demandado, pero no sucederia asi cuando la perentoria se fundase en la nulidad notoria de un instrumento, comprobada por su mismo resultado, y demás méritos que existiesen en las actuaciones.

Naturalmente venimos á caer en el exámen de la segunda duda,

á saber es; si el juez podrá calificar una escepcion perentoria que resulte de los documentos presentados, pero que sin embargo no haya propuesto la parte; en nuestro concepto no deberia vacilar el juez en estimar estas escepciones, por cuanto en nuestra opinion su blanco debe ser el de la justicia, y si la halla en los autos, por mas que las partes no hayan fijado la consideracion en sus méritos, no está obligado á suscribir á su falta de inteligencia y percepcion; no debiendo limitar su vista porque los contendientes la tengan corta y no hayan percibido con sus miradas lo que él ha descubierto en , el pleito sin que valga citar la segunda parte del artículo 1049, pues se refiere á un caso de distinta naturaleza y de privilegiada índole y sustanciacion.

En los restantes párrafos del artículo 254 se establecen otras disposiciones que tienen relacion con la respuesta del demandante. Cuando uno ha sido provocado á juicio, se le ha permitido demandar á su vez al que insensatamente le provoca: de suerte, que nuestra legislacion, de acuerdo con las Decretales, autorizaba que el demandado que tuviese una accion que deducir contra el demandante, pudiese hacerlo en el mismo juicio, obteniéndose por este medio la economia, puesto que caminaba á un mismo paso la discusion de entrambas cuestiones, terminándose con un mismo fallo. La nueva ley ha acogido tambien esta doctrina consagrada por nuestras antiguas leyes, aunque limitando el término señalado para la reconvenccion y mútua peticion de veinte dias que antes se concedia, simplemente al de la contestacion, que podrá ser de nueve ó seis dias segun los casos de los artículos 254 y 251.

Las disposiciones á que nos referimos del artículo 254 son las siguientes. *En la misma contestacion propondrá tambien la reconvenccion en los casos que proceda.*

Las escepciones y la reconvenccion se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que el negocio principal, y serán resueltas con este en la sentencia.

Despues de la contestacion á la demanda, no podrá hacerse uso de la reconvenccion, quedando á salvo al demandado su derecho, que podrá ejercitar en el juicio correspondiente.

El último miembro del artículo citado impone una pena al que es moroso en deducir la reconvenccion, pero en todo caso le reser-

va su derecho: sin embargo, como las precauciones no perjudican, nosotros aconsejaríamos al que tuviese una acción que poder deducir mediante reconvencción, y que no creyese del caso hacerlo entonces, que procediese á espresar que se reservaba este medio para otro pleito.

Por las razones que llevamos manifestadas de no abultar nuestra obra con doctrinas generales, no entramos en el exámen de todo lo que dice relación á la reconvencción, pues si así lo ejecutásemos, nos semejaríamos á algunos estudiantes que disertaban en las universidades y que de una palabra tomaban pretesto para hacer una escursión en materias remotamente conexas; por eso no decimos más de la reconvencción, y convirtiendo nuestras miradas á los trámites, diremos que la ley conserva los cuatro escritos, dos por cada parte antes de la recepción del pleito á prueba. El actor presenta su demanda á la que seguirá la contestación del demandado, de este escrito se dará vista al demandante y el que presente se llamará réplica, el reo á su vez responderá con otro escrito llamado dúplica ó contraréplica. Estos trámites los enumera el artículo 255 diciendo. *De la contestación á la demanda se dará traslado al actor por término de seis días; y de la réplica al demandado por igual término.*

Ya hemos dicho que en los escritos de réplica y dúplica se fijarán definitivamente los puntos de hecho y de derecho, pudiendo modificar ó adicionar los que hayan consignado en la demanda, y contestación. La modificación y la adición, se entenderá en cosas que no sean tan sustanciales, que varíen la esencia de la demanda, v. gr., podrá pedirse la condenación de costas y frutos, si no se hubiese pedido, ó hacer alguna declaración por este estilo, debiendo advertir que las modificaciones en menos no sufren ninguna dificultad tanto de parte del demandante como del demandado, pero si las que sean relativas á adición porque estas como se lleva dicho, únicamente serán admisibles cuando no alteren la esencia de la demanda ó de la contestación, salva la doctrina que hemos espuesto acerca de las excepciones perentorias.

Atendido el tenor de estos artículos, se reconocerá la inutilidad de la cláusula que se ponía anteriormente en las demandas, por la cual se reservaban los demandantes la facultad de corregirlas, enmendarlas y ampliarlas, pues no se necesita reserva para lo

que la ley concede, ó lo que es lo mismo, tiene reservado á las partes.

Réstanos solo hacer mérito de lo que en su segunda parte establece el art. 216 diciendo, *que en los mismos escritos (los de réplica y dúplica,) pedirán por medio de otro si, ó que se falle desde luego el pleito, ó que se recibe á prueba si lo estimaren necesario.*

Esto equivale á la conclusion que exigian antiguamente algunos juzgados ó tribunales, que se hiciese en escrito separado y que no contuviese otro ni más que la conclusion. No nos parece mal esta novedad. Al fin por este medio se enterará prontamente el juez de las pretensiones de las partes, acerca de un punto tan interesante como la solicitud de prueba ó de la conclusion para definitiva.

CAPITULO V.

De la prueba y de los términos dentro de los cuales debe hacerse.

Al hablar de la prueba, nos parece del caso principiar citando las palabras de un célebre jurisconsulto. (1)

«No basta, dice, esponer verdades, es preciso fundarlas de tal manera que se convenza ó persuada de que lo son realmente: y esto es lo que se llama probar.»

«No basta adquirir derechos por medios legítimos: es preciso poder, en el caso de que se disputen, *probar*, esto es, convenecer ó persuadir á los jueces la realidad y legitimidad de estos derechos.»

«La prueba es, en general, todo lo que determina á un hombre racional á que juzgue que una cosa existe ó no existe, que es verdadera ó falsa, legítima ó condenada por la ley: en una palabra, *todo lo que persuade al espíritu de una verdad*, como decia Domat en sus *Leyes civiles*.»

(1) Mr. Toullier, tomo. VIII, pag. 4.

Con el fin de producir esta persuacion, se conceden y practican en los juicios las pruebas, y se otorga á las partes un término para hacerlas, metodizando esta materia, trataremos: 1.º, de la manera con que se recibe el pleito á prueba y de la naturaleza de estos proveidos: 2.º, de los términos que se conceden: 3.º de los medios de prueba que establece la ley y reconoce como legítimos; esto será materia de otro capítulo.

Ya hemos dicho que es una obligacion de los litigantes expresar en un otrosí de su segundo escrito, ó que se falle el pleito desde luego ó que se reciba á prueba, y segun el art. 257 *el juez recibirá el pleito á prueba en el caso de que todos los litigantes la hayan solicitado. Si los litigantes hubieren convenido en que se falle definitivamente el pleito sin necesidad de prueba, mandará el juez traer con citacion los autos á la vista, y dictará sentencia* (259). Cuando las partes piden de consuno la prueba ó la recusan, no parece que el juez debe oponer resistencia á sus deseos, mayormente cuando en el segundo caso siempre tiene en su mano el medio de dictar un auto para mejor proveer, que esclarezca la verdad y le permita fallar con acierto.

Pero si alguno de los litigantes se opusiere á la prueba, señalará el juez dia para vista sobre el recibimiento de ella: en él oirá á las partes ó sus defensores, y determinará lo que estime procedente (257). Cuando un litigante propone prueba y otro la impugna, hay un choque, un pleito subalterno, un incidente que debe resolverse breve y sumariamente, y como puede acontecer y acontecera generalmente, que sobre la conveniencia de la prueba no se haya hablado lo necesario para la ilustracion del juez, nada es mas justo que el que se oiga á las partes para que ilustren al juzgador y resuelva lo que considere mas conforme. *La providencia en que se otorgase la prueba no será apelable* (258); porque de otorgar la apelacion se originarian retardos innecesarios, y porque siempre se ha considerado como un principio que en toda demanda la prueba es de absoluta necesidad: pero la providencia en que se denegare la prueba, lo será en ambos efectos, por cuanto causando un perjuicio irreparable seria una dureza obligar á los litigantes á que se sometiesen á ella sin ningun recurso. La ley no dice dentro de qué término debe pronunciarse el auto recibiendo á prueba ó negándola, pero debiendo considerarse co-

mo un incidente, opinamos que debe dictarla dentro de tres dias segun el artículo 348.

Esplicadas las formalidades que deben preceder para recibir un pleito á prueba, corresponde que retiramos el término que debe concederse para la práctica de esta diligencia. Al examinar los que concede la nueva ley, veremos que se han abreviado bastante: nos abstenemos de decir si son ó no suficientes, porque la experiencia es la verdadera maestra en estas materias; sin embargo, manifestaremos desde luego que en lo general nos parecen regulares, pero al mismo tiempo reputamos injusta la crítica que se ha hecho de nuestras antiguas leyes por la concesion de términos que ahora se reputan muy largos. Cuando se otorgaron, nuestras comunicaciones eran sumamente difíciles y penosas: el viaje de la capital de una provincia á otra, equivalia á una caravana: los correos eran sumamente tardos, el de Madrid con las provincias solo tenia lugar dos veces á la semana: á Filipinas solo se iba por el Cabo y con buques que no todas las veces llegaban con felicidad. En prueba de la revolucion que se ha experimentado en materia de comunicaciones baste recordar que hemos sabido lo que se hacia en Crimea en menos tiempo que se necesitaba antes para saber lo que ocurría en Madrid. Todos los dias hay correos para las provincias: el viaje á la Habana se ejecuta con vapores: el de Filipinas por el Istmo; de suerte que han variado las circunstancias, y de consiguiente despues de esta variacion sería un anacronismo que continuaran los largos términos que antes, que serian una rémora para la pronta administracion de justicia.

El término probatorio se divide en ordinario y extraordinario: *el ordinario (262), no podrá esceder de sesenta dias, cuando hubiese de hacerse la prueba en la Peninsula, islas adyacentes (las principales son las Baleares), ó posesiones españolas de Africa.* Esto no quiere decir que en todos los pleitos se hayan de conceder los sesenta dias, sino que *dentro de este maximum los jueces fijarán el término que segun las circunstancias del negocio sea suficiente y si señalasen un plazo inferior á los sesenta dias, podrán otorgar próroga del término señalado por el tiempo que estimen necesario dentro de los mismos sesenta dias si se pidiere antes de cumplirse,* segun dispone el artículo 262, que reproduce en parte las disposiciones del 27, no cabiendo apelacion de la negativa de la próroga.

El término extraordinario se otorgará si hubiera de ejecutarse alguna prueba fuera de la Península, de las islas adyacentes ó de las posesiones españolas de Africa. (265) y será de cuatro meses si hubiere de ejecutarse la prueba en Europa ó Islas Canarias. De seis si en las Antillas españolas. De ocho si en los continentes de Africa, América ó escalas de Levante. De un año si en Filipinas ó en cualquiera otra parte del mundo de que no se haya hecho expresion (264).

Pasa despues la ley á señalar los requisitos que se exigen para su concesion diciendo. *Para que pueda otorgarse el término extraordinario se requiere: 1.º, que se solicite dentro de los tres dias siguientes al en que se hubiese notificado el auto de prueba; por- que la ley supone que el litigante habrá dado las instrucciones oportunas á sus defensores para que practiquen la prueba, y una de ellas habrá versado sobre los hechos que se traten de probar: de consiguiente ha supuesto que esa declaracion podrá hacerse en ese espacio de tiempo, que nosotros no podemos menos de calificar de corto.*

2.º *Que lo que se quiera probar fuera de la Península, islas adyacentes ó de las posesiones españolas de Africa haya ocurrido en el pais donde se intente hacer la prueba. Notamos en este artículo una extraordinaria restriccion, por cuanto no concede el término extraordinario para un caso demasiado frecuente en el estado de movilidad de las personas y de la facilidad de los viages. Puede acontecer que el hecho haya ocurrido en la Península y que los testigos se hallen en América ó en Filipinas. Pero lo que no dice este artículo y pudiera haberlo dicho con un par de palabras, lo expresa el 266 con grande difusion. También deberá otorgarse el término extraordinario, aunque los hechos hayan tenido lugar en la Península ó islas adyacentes ó posesiones españolas de Africa, cuando los testigos que sobre ellos deban declarar, se hallaren en cualquiera de los puntos antes designados.*

En este caso habrán de espresarse los nombres y residencia: prevencion sumamente razonable para evitar toda suposicion y que facilite á la parte contraria el medio de poder asistir á su juramento por medio de un apoderado y enterarse así mismo de que son real y verdaderamente las personas indicadas, no supuestas ó imaginarias.

Sigue el art. 265 estableciendo la misma disposicion repetida en el siguiente 266 que acabamos de transcribir.

3.º *Quese indique la residencia de los testigos cuando la prueba haya de ser testifical, cuya disposicion tiene el objeto indicado.*

4.º *Que se espresen en el caso de ser la prueba documental los archivos donde se hallen los documentos que hayan de testimoniarse y que sean conducentes al pleito, (art. 265 y 266). La reunion de estos dos artículos demuestra cuán fácil hubiera sido evitar repeticiones en el código de enjuiciamiento, en el que tantas se hallan. En el 265 hubiera podido incluirse el 269 que ordena que el término extraordinario correrá al mismo tiempo que el ordinario.*

El término ordinario no exige ningun requisito en su petición, sino en su caso que se aleguen razones fundadas que puedan decidir al juez á su concesion, pero *de la pretension que se dedugere para que se conceda el término extraordinario, se dará traslado por tres dias improrogables á la parte contraria y dando copia de lo que digere á la que lo hubiere solicitado, se fallará el artículo oyendo á los defensores si se pidiere (267); y la providencia en que se otorgue el termino extraordinario es apelable en el efecto devolutivo y la en que se deniegue en ambos efectos (268). Aun cuando segun el art. 258 la providencia en que se conceda la prueba no es apelable, vemos aqui una escepcion con respecto á este término, por el disfavor con que se mira sin duda, sospechando que pueda ser solicitado con el objeto de retardar; por eso se concede apelacion, pero otorgándose esta en el efecto devolutivo, poco va á adelantar el que se alee del proveido, pareciéndonos que era suficiente la precaucion que se habia tomado en el art. 270 en el que se previene que: el litigante á quien se hubiere concedido el término extraordinario, y no ejecutase la prueba que haya propuesto, será condenado á pagar á su contrario una multa, que no podrá bajar de dos mil reales ni exceder de veinte mil, á juicio del juez que conozca de los autos: salvo si apareciere que no ha sido por su culpa.*

Esta multa se impondrá en la sentencia definitiva. Repetiremos que mediando estas garantias la apelacion era inútil, puesto que nadie se arriesgará á sufrir una multa si efectivamente no tiene

que probar, ni hará los gastos que son consiguientes, si la prueba no fuese pertinente.

Debemos, siguiendo el método que nos hemos propuesto, manifestar lo que debe hacerse por el juez y por las partes después de la recepción á prueba. *Recibidos los autos á prueba*, dice el artículo 273, *se entregarán por seis días á cada una de las partes sucesivamente para que propongan la que les convenga, sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera otra.*

No habrá, pues, necesidad de proponer toda la prueba de una vez, pues á las veces el éxito favorable de una diligencia escusará otras. Si se piden posiciones y se obtiene la confesión apetecida ¿á qué fin la prueba testifical?

Este artículo no se refiere sino á los hechos alegados, porque con respecto á los que no se alegaron habla el art. 260, que dice así: *Si después de recibido el pleito á prueba ocurriere algun hecho que tuviere relacion con la cuestion que se ventile ó hubiere llegado á noticia de las partes alguno de que juren no haber tenido antes conocimiento, podrán alegarlo formulando un escrito, que se llamará de ampliacion.* Admitiendo la ley este escrito preciso era que estableciese la tramitacion que en cuanto á él debiera seguirse, y así lo dispuso en el art. 261, cuyo tenor es el que sigue: *del escrito de ampliacion se dará por tres días traslado á la otra parte, que podrá tambien alegar nuevos hechos si lo creyese conveniente, (como era justo por los principios de reciprocidad reconocidos para otros pasos del juicio en el art. 255.) La prueba que se ejecute será estensiva á los hechos espuestos en los cuatro primeros escritos y en los de ampliacion: pues si así no fuese, de nada serviría el haberlos presentado.*

Los jueces conservan por la nueva ley las facultades que les atribuía la 7.^a, tit. 14, Part. 5.^a, y *repelerán de oficio* (no dice el art. 274 podrán; tendrán un deber indeclinable), *las pruebas impertinentes ó inútiles que propusieren las partes.* Aunque parezcan sinónimas estas palabras, no lo son; todo lo inútil es impertinente, pero puede haber prueba impertinente que no sea del todo inútil mirada bajo cierto aspecto: difícil es la calificación de la pertinencia é impertinencia de una prueba, porque á las veces el talento de un defensor descubrirá relaciones entre lo que intenta probar y el objeto de su prohanza, que otro que no haya profundi-

zado el negocio no descubrirá con facilidad; por eso era justo que en una materia que es puramente de apreciación se concediese á la parte el recurso de la alzada como lo dispone el art. 275, estableciendo *que las providencias en que se niegue alguna diligencia de prueba son apelables en ambos efectos. Contra las que la admitan no se da recurso alguno.*

Si el término de prueba se concede para que durante su curso se hagan todas las que interesen á las partes, la consecuencia debe ser que se consideren como nulas las practicadas fuera de este período. Esta es la doctrina que consigna el art. 276, disponiendo *que las diligencias de prueba solo podrán practicarse dentro del término probatorio, sin que baste juramentar á los testigos dentro de él para examinarlos despues.* Queda proscrita esa práctica sutil inventada por algunos escribanos, y generalizada despues en el foro, que se fundaba en suponer la parte principal de la prueba el juramento.

Sin embargo, el mismo art. 276 establece una escepcion con respecto á la prueba documental, escepcion que guarda cierta armonía con lo dispuesto en el art. 225 que trata de las demandas. *Trascurrido el término de prueba (dice en su 2.º miembro el 276), solo son admisibles las escrituras ó documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad, ó de los anteriores, cuya existencia ignorara el que los traiga. Tambien podrán admitirse los documentos, que aunque conocidos, no hubiesen podido adquirirse con anterioridad.*

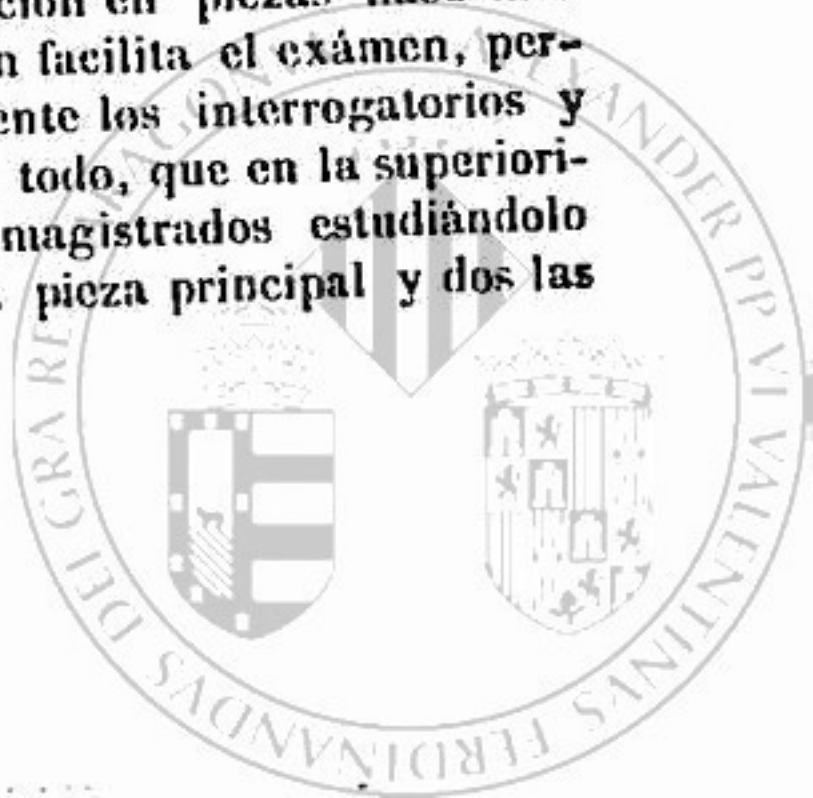
A las veces por acontecimientos extraordinarios, por causas independientes de la voluntad de las partes, el término es insuficiente si no se detiene su curso, mientras existe el impedimento que se opone a la realización de la prueba. Para conservar ileso el principio de que el término de prueba no puede prolongarse mas allá de lo que señala la ley, sin por eso prescindir de la equidad que exige un temperamento, se inventó el artificio de la suspensión, medio equitativo de no faltar á la justicia, pero sin incurrir en el extremo de la dureza. Había no obstante en la práctica vicios que se han intentado remediar estableciendo en la ley las reglas siguientes: *Ni el término ordinario ni el extraordinario (art. 271) de prueba podrán suspenderse sino con justa causa, á juicio del juez, y bajo su responsabilidad. Cuando se otorgue la*

suspension se espresará en la providencia la causa que hubiere para hacerlo. Y el 272 añade que, solo se considerará justa causa para la suspension, la imposibilidad de ejecutar la prueba propuesta por algun obstáculo cuya remocion no haya estado al alcance del que la pidiere.

Si estas reglas no se exageran ni en un sentido ni en otro, ni por un excesivo rigorismo por parte del juez, ni por una nimia laxitud por el litigante, bastará para que no se falseen los términos con amañadas peticiones de los litigantes, ni con negativas demasiado severas de parte de los jueces. Estos deben tener en consideracion que siempre deben propender á ampliar los medios de defensa.

Si se negase la suspension, ¿podrá apelarse de la negativa? Si consultamos lo prescrito en el art. 27, del cual hicimos un análisis en la pág. 476 del Tomo I, deberíamos decir que no procede la alzada, porque si esta no se concede cuando se pide una próroga, tampoco debe concederse cuando se solicita la suspension, que en la realidad no es mas que una próroga; pero esta similitud no nos parece suficiente para denegar la alzada, si se considera que la suspension se pide alegando la imposibilidad por un obstáculo insuperable, y que no haya sido posible al litigante vencer. Nosotros encontramos diversidad entre los dos casos. Además en materia de defensa nos parece que los jueces no deben proceder con mano avara, y mas si se atiende al espíritu de la ley considerado el núm. 6, del art. 1015.

Por último, es muy atendible el art. 277 que ordena que para la prueba de cada una de las partes deberá formarse pieza separada. Prescindiendo de que esta separacion en piezas hace mas manejables los procesos, esta subdivision facilita el exámen, permite que se puedan cotejar mas fácilmente los interrogatorios y las probanzas con los alegatos, y sobre todo, que en la superioridad puedan distribuirse el proceso los magistrados estudiándolo simultáneamente tres, tomando uno la pieza principal y dos las de las pruebas.



CAPITULO VI.

De los medios de prueba: modos y forma de practicarla.

Era natural que proponiéndose la nueva ley metodizar y aclarar las disposiciones antiguas, no omitiese designar los géneros de prueba que podían emplearse en los juicios. Esto era mas necesario, cuanto que desde la publicación de las Partidas se habían hecho muchas innovaciones en la manera de testificar los instrumentos públicos. ¿Ha acertado la nueva ley en la empresa que acometió? Fatigados de hacer continuas observaciones y no deseando distraer á nuestros lectores de lo presente con la esplanacion de teorías, vamos á ser muy parcos en esta materia, limitándonos á la esplicacion de los artículos.

La ley principia estableciendo en el 279 los *medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, que son:*

- 1.º *Documentos públicos y solemnes.*
- 2.º *Documentos privados.*
- 3.º *Correspondencia.*
- 4.º *Confesion en juicio.*
- 5.º *Juicio de peritos.*
- 6.º *Reconocimiento judicial.*
- 7.º *Testigos.*

Antes de engolfarnos en la esplicacion de todos estos medios de prueba, nos ha parecido del caso hacer dos observaciones; la una dirigida á manifestar que toda prueba judicial viene á reducirse remotamente á la testifical: la otra, que quizás hubiera sido mas conveniente no hacer una clasificacion de la que algunos miembros se hallan comprendidos en otros que abrazan en la apariencia otra categoría distinta.

En la realidad podemos decir con el autor que citamos al principio del precedente capítulo; solo por el testimonio ajeno podemos saber los hechos de que no hemossido testigos: pero este testimonio, puede ser recogido de dos maneras. Pueden consignarse los hechos

en el mismo momento en que pasan ó se verifican, y este escrito es lo que se llama prueba literal; ó los hechos pueden quedar grabados en la memoria de las personas que fueron testigos de ellos, y que los refieren de viva voz, cuando para ellos se les requiere, y esto es lo que se llama prueba testimonial, y algunas veces vocal. Las dos pruebas tienen un mismo fundamento, una misma analogía: no son mas que una en la realidad, pero la primera tiene la ventaja de que los hechos se consignan en un escrito redactado por personas que han recibido de la ley cierto carácter ó investidura, y de las partes una misión expresa, de modo que la certidumbre moral que resulta de su testimonio adquiere el mas alto grado de fuerza á que puede llegar cualquiera certidumbre, y este escrito, dice el expresado autor, es lo que la ley llama *acto auténtico*. En el proemio del título 18, Partida 5.^a hallamos enunciadas estas ideas con la gallardía de aquel lenguaje antiguo y venerando. Las escrituras, dice, *hacen membrar lo olvidado, é afirmar lo que es de nuevo fecho*: la prueba testifical la apellida voz viva, y las escrituras voz muerta.

Acto, *id quod actum est*; significaba primitivamente lo que pasaba entre las partes, pero despues esta palabra varió de significacion y por metonimia se aplicó al escrito en que se recogieron ó consignaron los hechos y las convenciones, al escrito que debe servirles de prueba, y conservar la memoria de lo que ha pasado, y que los latinos llamaban tambien *instrumento*.

Entre los romanos se daba el nombre de auténtico al documento que por sí mismo, sin necesidad de comprobacion, hacia fé, como si dijéramos que tenia un autor cierto: ó como dice la *Enciclopedia Española*, el documento que por sus circunstancias y forma debe ser creído como cosa autorizada ó de fé cierta.

En Francia, segun el artículo 1517, es el acto que han recibido los oficiales públicos que tienen derecho á solemnizar con las formalidades prescritas los instrumentos en los lugares en que el acto ha sido redactado. Estas variantes demuestran las dificultades que existian para definir con exactitud la categoría de los documentos, habiendo entre nosotros autores que hacian distincion entre instrumentos públicos y auténticos, dando el primer nombre á las escrituras testificadas por notarios, y el segundo á los que emanaban de los reyes, autoridades ú oficinas.

La nueva ley sin resolver la cuestion, sin entrar á establecer una nomenclatura fija, determinada é inalterable, se ha limitado en el artículo 280 á decir que *bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes se comprenden:*

1.º *Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho esto es, las que se otorgan ante notario público con asistencia de los testigos que señala la ley. Si hubiésemos de explicar las solemnidades de estas escrituras, no bastaria un volumen. Baste decir que se apellidan públicos con relacion á la intervencion de un funcionario, depositario de la fé pública, instrumentos que en cuanto al fondo son privados, toda vez que tratan de intereses particulares.*

2.º *Los documentos expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en el aprecio que se haga de estos documentos debe influir sobre manera una circunstancia, y es la de si estos documentos son aislados ó se refieren á antecedentes: por ejemplo, un gobernador puede librar una certificacion de lo que ocurrió ante él al tratarse de cierto negocio de su competencia y expedir tambien certificacion refiriéndose al expediente. Entonces esta tendrá otro carácter, dentro de una misma clase.*

3.º *Los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó pueblos y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente.*

4.º *Las partidas de bautismo, de matrimonio y defunciones dadas con arreglo á los libros por los párrocos ó por los que tengan á su cargo el registro civil.*

5.º *Las actuaciones judiciales de toda especie. Efectivamente todos estos son actos que tienen cierta publicidad y solemnidad.*

La ley no se ha contentado con estos requisitos, sino que en el art. 281 establece, que *para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio deberán observarse las reglas siguientes:*

1.º *Que los que hayan venido al pleito sin citacion, se cotejen con sus originales, previa dicha citacion, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento espreso.*

Hallamos en este artículo una innovacion que debe producir un aumento de costas á los litigantes, y que altera las disposiciones de la ley y de la práctica observada hasta el dia. Las escrituras que se apellidaban originales ó primeras extractas jamás exijan comprobacion, sino cuando se les oponia algun vicio que hacia dudar de su legitimidad. Cuando el interesado calla y sin dar una aprobacion espresa al documento no lo impugna ¿hay necesidad racional de comprobarlo? La razon dice que no; sin embargo, para evitar los escrúpulos de un juez que lo suponga ineficaz al tiempo del fallo, se pedirán comprobaciones inútiles, pero dispendiosas, porque aun cuando se deja abierta la puerta del asentimiento espreso, en muchas ocasiones se frustrará este medio porque no todos los defensores querrán tomar sobre sus hombros la responsabilidad de un reconocimiento espreso de esta especie. Además encontramos entre la disposicion de este artículo y la del 941 una especie de contradiccion. Al designar el 941 los títulos que tienen aparejada ejecucion, enumera en primer lugar la escritura pública con tal que sea primera copia, ó si es segunda esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citacion de la persona á quien deba perjudicar ó de su causante. Es raro, pues, y aun contradictorio, que una ley que da tal fuerza á la escritura pública que sea primera copia, como que provee con sola su presentacion el embargo de los bienes, y sin reconocimiento espreso de su legitimidad le da valor en una sentencia que puede producir la venta de los bienes, no haya de valer en un juicio ordinario sin comprobacion. Dejamos á la consideracion de nuestros lectores esta antinomia tan manifiesta.

La regla segunda es que los documentos que hubieren de traerse de nuevo vengan en virtud de mandamiento compulsorio que se espida al efecto, previa citacion de la parte á quien hayan de perjudicar. Nada de nuevo contiene esta regla sino cierto pleonasmó que hubiera podido evitarse.

La regla tercera es que si el testimonio que se pida fuere de parte de un documento solamente, se adicione á él lo que el coligante señalase, si lo cree conveniente:

La cuarta dice que los testimonios ó certificaciones sean dados por el encargado del archivo, oficina ó registro en que se hallen los documentos, por el escribano en cuyo oficio radiquen los au-

tos, ó por el del pleito. Ha sido siempre esta circunstancia una garantía de legitimidad, y en Aragon á consecuencia de este principio habia una diferencia entre la extracta librada por el mismo notario testificante ó por otro encargado de sus notas.

Estos testimonios ó certificaciones se expedirán bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales y la intervencion de los interesados se limitará á señalar lo que haya de testimoniarse ó certificarse: de manera que cuando se haga la compulsa, los interesados podrán pedir, por ejemplo, que se certifique de las enmiendas, borrados, diversidad de letras y otras particularidades que juzguen del caso hacer constar.

El artículo 282 previene *que los documentos otorgados en otras naciones tendrán igual fuerza que los que lo sean en España, si reúnen todas las circunstancias exigidas en aquellas, y las que además requieran las leyes españolas para su autenticidad.*

Estando ahora los pueblos y naciones en una frecuente comunicacion y debiendo estarlo todavía mas con la multiplicacion de los ferro-carriles, deben mezclarse sus intereses y haber negocios diferentes en los que jueguen escrituras testificadas en paises extranjeros. El artículo dice que harán fé en España si reúnen las circunstancias exigidas en aquellos, de manera que los jueces y letrados españoles se verán en la necesidad de estudiar la legislacion estraña y someterse á sus preceptos. Contra lo que prevenian las leyes godas tendremos que citar en nuestros tribunales las leyes estrangeras y aun comentarlas é interpretarlas. En este caso se falsificará lo que dice Vinio, *de jure non de facto dubitatur... ea que juris sunt non indigent probatione*, porque una legislacion estranquera tendrá que probarla el que opoaga defectos á un documento otorgado en otro pais. En el comercio es muy comun que se otorguen instrumentos en pais estranquero; el protesto de una letra, la justificacion de una arribada forzosa, etc. Si el instrumento se halla conforme á las leyes del pais en que se hizo, no puede ser repelido. Pero el artículo pide tambien la reunion de las que exigen las leyes españolas para su autenticidad. Esta exigencia nos parece escesiva porque si el documento tiene todo lo que se requería para prestarle fé donde se otorgó ¿qué mas se le puede exigir sino en su caso la comprobacion? Si es esto lo que se quiere significar, no hallamos inconveniente y está conforme

on la real orden de 9 de julio de 1842, que disponia que en los tribunales españoles no se admitiesen documentos que no estuviesen otorgados ó legalizados por los cónsules.

Debe en esta materia tenerse presente el decreto de 17 de octubre de 1831, que declara válidos y que causan efecto ante los tribunales españoles para los efectos que procedan en justicia, todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia y en cualquiera pais extranjero, siempre que concurren á ello las circunstancias siguientes:

1.ª Que en el asunto, materia del acto ó contrato, sea lícito y permitido por las leyes de España.

2.ª Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las de su pais.

3.ª Que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el pais donde se han verificado los actos ó contratos.

4.ª Que cuando estos contengan hipoteca de fincas radicantes en España, se haya tomado razon en los respectivos registros del pueblo donde estén situadas las fincas dentro del término de tres meses, si los contratos se hubiesen celebrado en los estados de Europa; de nueve si lo hubieren sido en los de América y Africa, y de un año si en los de Asia.

5.ª Que en el pais del otorgamiento se conceda igual eficacia y validez á los actos y contratos celebrados en territorio de los dominios españoles.

Debemos advertir que los cancilleres de los consulados se reputan mientras lo son, notarios con fé pública en lo judicial (art. 22 del real decreto de 29 de setiembre de 1848 y 55 del de 17 de noviembre de 1832). Pero para que se utilicen documentos extranjeros necesario que se comprendan; muchas veces los litigantes, ó sus defensores los entienden, y en tal caso, inútil parece su traduccion. Asi lo ha dispuesto la ley en el art. 285, que determina que *conviniendo los litigantes sobre su inteligencia, se estará y pasará por la que les dieren*. ¿A qué lin gastos, si su contenido es notorio? Pero necesario será que al juez se le instruya de su resultancia, porque de otra suerte, por una connivencia de los dos litigantes quizás se le podría hacer víctima de un engaño y perjudicar á tercero en el fallo. Por cierto presentimiento yo seguí un

método particular en algunos pleitos en que jugaban documentos en idioma extranjero. Si eran de los que conozco, los traducía y presentaba con mi firma la traducción diciendo en el escrito, que si la contraria no la hallaba conforme podía usar de su derecho. Como el adversario veía que se había procedido con exactitud, no reclamaba y se seguía el pleito, teniendo traducido el documento sin grandes esponsas ni retardos, y con la ventaja de que se hallara íntegramente vertido al español.

El art. 284 ordena que, *no habiendo conformidad se remitirán por el juez á la oficina de la interpretacion de lenguas para su traducción, sin que esta pueda hacerse en ninguna otra forma.*

Por real órden de 7 de octubre de 1785 se prevenía que los instrumentos otorgados en país extranjero se presentasen autorizados con certificación del embajador, consul, ó nuestro representante de S. M. C., acompañando la traducción: en real órden de 50 de junio de 1857 se mandó que los empleados dependientes del ministerio de la Gobernacion no reusasen la admision de las reclamaciones ó escritos de agentes extranjeros de cualquiera nacion que fuesen, excepto caso de litigio, pues entonces debia acompañarse la traducción legalmente autorizada. Por real órden de 24 de setiembre de 1841 se mandó hacer por la interpretacion de lenguas, cuya real órden modificó por la de 8 de marzo de 1845, prescribiendo que solo tuviese esto lugar en la corte.

Documentos privados; correspondencia.

La ley no descende á definir los documentos privados, ni explica lo que entiende por correspondencia, limitándose á establecer algunas reglas acerca de los unos y de la otra que constituyen un mismo género y que pertenecen á la misma clase, no obstante que en el art. 279 con que principia el título, hayan recibido distinta enumeracion. ¿Habrá sido una inadvertencia? ¿Se habrá copiado sustancialmente una de las especies de prueba que contiene el art. 158 de la ley de Enjuiciamiento mercantil? En el comercio la correspondencia epistolar tiene suma importancia, porque el coprador de cartas es por lo comun uno de los auxiliares y y casi ningún comerciante deja de tenerlo. Contiene, pues, la correspondencia una seguida de todas las operaciones, y curso de

un negocio, al paso que en los demás particulares las cartas son meramente unos documentos, que no pueden presentar la misma ilacion y consecuencia.

Pero sea de esto lo que quiera, los documentos privados son aquellos que no tienen autorizacion alguna de ningun funcionario público, ó sea aquellos que no se hallan comprendidos en las clases designadas en el art. 280.

Las reglas que establece la ley con respecto á estos documentos se hallan recopiladas en los artículos que vamos á citar. El 285 dispone que *los documentos privados y la correspondencia se exhibirán y unirán á los autos*. Esto no necesitaba decirse, porque es claro que si uno trata de ayudarse de documentos privados ó de cartas, preciso será que los presente en los autos desde luego, porque como los tiene en su poder y carecen de matriz no es posible que pida compulsorios. En Francia podria ser necesaria esta explicacion, toda vez que por lo comun, se dejan en poder de los notarios aquellos de que se les pide que libren testimonio.

Pero lo prescrito en el artículo, se entiende cuando se trate de documentos privados y correspondencia que el litigante tuviese en su poder porque si se tratase de otros, ó como dice el mismo artículo, *si hubieren de testimoniarse los documentos privados ó correspondencia que obren en poder de un tercero, se exhibirán al escribano de los autos, y este testimoniará lo que señalen los interesados*. Pero como esta disposicion podia inducir en error haciendo creer que era permitido introducirse en el exámen y reconocimiento de documentos y correspondencia ajena, el art. 286 viene haciendo varias aclaraciones. *No se obligará, dice, á los que no litiguen á la exhibicion de documentos privados de su propiedad esclusiva, salvo el derecho que asista al que los necesitase del cual podrá usar en el juicio correspondiente*. Hay una diferencia notable entre los que son litigantes y los que no tienen este connotado. Entablada la contienda, los litigantes pueden ser compelidos á la exhibicion de los documentos que tengan relacion con el pleito, pero no las personas que sean estrañas á la contienda, pero esto no impedirá que en algunos casos pueda instarse la accion conveniente, para la exhibicion en el juicio que corresponda cuando haya méritos fundados para entablarla. Esta es una materia muy delicada que exigiria largas explicaciones.

A veces los terceros que poseen documentos, que pueden tener relacion con un litigio, por un exceso de bondad ó convencidos de que hacen un servicio que no les perjudica, se allanan á facilitarlos: de este caso halla la segunda parte del artículo citado previniendo que *si estuviesen dispuestos á exhibirlos voluntariamente, tampoco se les obligará á que los presenten en la escribanía; y si lo exigieren irá el escribano á sus casas ú oficinas para testificarlos*. Estas son atenciones que deben guardarse con el que voluntariamente la dispensa á un litigante facilitándole medios de prueba.

Como que los documentos privados no tienen ningun signo exterior de autenticidad, sino fuesen reconocidos por la persona á quien se atribuyen, se tendrá que recurrir al cotejo de letras y lo mismo sucederá cuando se negase la legitimidad de un documento público. Asi lo determina el artículo 287, disponiendo que *podrá pedirse el cotejo de letras siempre que se niegue ó ponga en duda la autenticidad de un documento público ó privado*. Y como á seguida se añade que *en este cotejo procederán los peritos con sujecion á lo que se previene en los artículos 305*, reservamos para entonces tratar de este juicio especial de peritos ó sea del relativo á letras.

De la acusacion de falsedad instada contra los documentos presentados en el pleito.

Hay un artículo en la nueva ley, que por su importancia debe llamar la atencion, que es el 291. En el caso, dice, de que sosteniendo una de las partes, la falsedad de un documento, que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entablase la accion criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal.

Antes de explicar el sentido de este artículo, nos parece del caso examinar su origen y procedencia, que se halla indudablemente en los códigos franceses, y sobre todo en los artículos 214 y siguientes del título de la falsedad incidental en lo civil del código de procedimiento, y sobre todo en el 427 id. que se halla concebido en estos términos. Si un documento presentado es desconocido,

negado, redarguido de falso, y la parte persiste en servirse de él, el tribunal remitirá el conocimiento á los jueces que deban entender, sobreseyendo en la decision de la demanda principal. Sin embargo, si el documento dice relacion tan solamente á uno de los capitulos de la demanda, podrá continuarse el pleito en cuanto á los demás. Este artículo se concreta á los tribunales de comercio.

Los escritores franceses, de acuerdo con los demás jurisconsultos consideran en clase de falsedad toda suposicion fraudulenta para ocultar ó alterar la verdad en perjuicio de otro, y sostienen que pueda cometerse de palabra ó con hechos: que la última puede ser, ó *material*, ó *intelectual*: *material*, cuando haya imitacion de la firma ó del escrito, alteracion de un acto por supresion, aumento ó adicion de una letra, sílaba ó palabra; de manera que la falsedad pueda acreditarse físicamente, lo cual se llama falsedad *formal*, y la *intelectual* existia, cuando sin haber imitacion ó alteracion en disminucion ó aumento, se desnaturalizase la sustancia de un acto, como si un funcionario público insiriera en un acto cláusulas que no han sido consentidas, ó supone un hecho que no se ha verificado, cuya falsedad se llama tambien *sustancial*.

La falsedad la dividen en *principal* é *incidental*: falsedad principal, es la que se persigue ante los tribunales que tienen el encargo de proceder criminalmente, sin referirse á ninguna accion preexistente: y la *falsedad incidental*, es lo que por lo comun se persigue en el curso de una causa, de la que forma por lo tanto un incidente: tambien se da otra definicion, y es la de una vía que se adopta para hacer declarar falsa ó falsificada y repeler del pleito ó causa un documento que se haya producido en el curso de la instruccion ó del procedimiento, y será falsedad incidental criminal, si esto tiene lugar en una causa; ó falsedad incidental civil, si se verifica en un proceso.

Es visto, pues, que el artículo 291 de la Ley de Enjuiciamiento trata de una *falsedad incidental* á que da lugar un procedimiento civil, y que no bastará que se alegue esta escepcion para la suspension del procedimiento civil, sino que se entable la accion criminal. La ley no dice mas sino que en este caso se suspenderá el pleito hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal; pero ¿podrá deducir inmediatamente esta accion la parte, ó el que la entable deberá someterse, en cuanto á este punto, á las decisiones del

juez ó tribunal que entienda en el pleito? Nosotros opinamos que exigiéndose como condicion para suspenderse el pleito que el documento sea de influencia notoria en el mismo, el juez que entienda en él debe hacer preliminarmente esta declaracion, porque de lo contrario podria abusarse de este medio para paralizar el curso de un litigio. Consideramos, pues, que debe preceder un incidente que segun nuestra opinion deberá decidirse con intervencion fiscal antes que se admíta la acusacion, en cuyo concepto nos confirma lo prescrito en el código penal, en su artículo 590 con relacion á las injurias causadas en juicio.

A pesar de que este es un delito que puede perseguirse de oficio, opina el señor La Rúa que no debe formarse causa en tal forma, sino despues de terminado el juicio civil, cuando la parte no lo pida, citando una ejecutoria á que dió lugar el codicilo falsificado del Excmo. Sr. don Victoriano Encima y Piedra.

Infinidad de cuestiones podriamos proponer sobre este articulo, pero lo dicho basta para que nuestros lectores lijen la atencion en una materia que siendo hasta cierto punto nueva, necesitará, en los casos que puedan sobrevenir, de que se recurra á las fuentes que hemos indicado, pudiendo hallar en los escritores extranjeros el letrado estudioso, medios de ilustrar su opinion, como tambien el juez que desee el acierto en punto de tanta gravedad.

Confesion en juicio.

La confesion judicial es una de las pruebas mas perfectas, la mas estimable; por eso la ley 14, tit. 12, Partida 5.^a, la calificó de acabamiento é fin de las contiendas que nacen entre los homes. La confesion judicial es un reconocimiento es una prueba que sale de los mismos labios del litigante, y cuando el mismo se condena no parece que el juez debe tener inconveniente en condenarle. Por eso decian los romanos: *Confessos in jure pro judicatis habere placet..... Cum suis confessionibus acquiescere debeat..... Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.* No es extraño por lo tanto, dice un jurisconsulto, que todos repitan de comun acuerdo que con la confesion el

juez nada tiene ya que hacer. Este ha sido el concepto que han formado los escritores de derecho, sentando que la confesion es la mas fuerte de las pruebas, como dice Menoquio: *confessio omnium probationum maxima est*: pero para su validez requiere que no se preste con error, que no se arranque con la violencia, que no se sorprenda con el dolo: *non fatetur qui errat*, decia el Digesto, título 2.º, lib. 42, ley 2.ª, *De confessis*.

Siendo tal la escelencia de este género de prueba, era imposible que lo omitiese la ley: la considera, pues, como una prueba de las que pueden aducirse en juicio, pero dando por supuesto su vigor, se limita meramente á señalar los medios por los que puede exigirse del adversario.

Ahora corresponde que examinemos cómo podrán hacerse estas declaraciones, la manera en que deben rendirse, y la pena á que se espone el que citado no compareciere, ó habiendo comparecido se negare a declarar, ó á hacerlo de una manera concreta y clara.

Estas declaraciones podrán hacerse (294) á eleccion del que las pidiere bajo juramento decisorio ó indecisorio. (Juramento decisorio es el que una parte defiere á la otra, obligándose á pasar por lo que esta jure, á fin de terminar así sus diferencias, ley 21, tít. 11, Partida 5.ª Efectivamente este juramento decide del pleito.)

Si el juramento decisorio ha de tener tal influencia que por él se decida la cuestion litigiosa, nada de extraño debe parecer el segundo miembro del art. 294 que dice así: *En el primer caso harán prueba plena* (las declaraciones que se rindan á virtud de un juramento decisorio) *no obstante cualesquiera otras.* En la tercera parte del artículo se espresa lo siguiente: *En el segundo caso, (el del juramento indecisorio ó no deferido) las declaraciones no perjudicarán mas que al que declare.*

Las contestaciones, (295) que se den á consecuencia de la peticion de una declaracion bajo juramento, ora decisorio, ora indecisorio, deberán ser afirmativas ó negativas, pudiendo agregar el que las dé las esplicaciones que estime convenientes, ó las que le pida el juez. Si estas declaraciones se piden para averiguar un hecho, es claro que pugnaria contra su objeto el no dar una respuesta categórica, dejando las cosas en la misma oscuridad é incertidumbre. Véase lo que decimos despues al hablar del art. 297. Adverti-

mos en el primer párrafo del art. 295 la facultad en el que declara (derecho que antes se le disputaba) de poder agregar explicaciones; y efectivamente seria durísimo compeler á uno á que declarase sobre un hecho ó cosa, tal cual lo propone el adversario, sin permitirle añadir las circunstancias que lo modifican ó alteran. Preguntar con tal intencion es con el designio de que no resulte la verdad entera, y la verdad completa es lo que se busca en los tribunales, para que pueda servir de guia en los fallos.

Requisito indispensable es que *el que haya sido llamado á declarar (296) deberá firmar su declaracion, despues de leerla por sí mismo: (garantía sumamente apreciable que se le concede, y á la que puede renunciar, y por eso se añade:) y si no quisiere leerla ó no pudiera hacerlo, (ora sea por impedimento físico ó por no saber) despues de leérsela íntegramente el escribano.*

Y si despues de rendida una declaracion con arreglo á lo que hubiere manifestado aquel que la rindió, propusiese ciertas enmiendas, ¿debería accederse á su reforma? Siendo el objeto de la lectura ver si la redaccion espresa su pensamiento, creemos que cabrá hacer estas enmiendas, pero estampándolas al fin y no redactándola de nuevo, porque de esta manera podrá conceptuarse si la reforma es hija de la verdad ó del propósito de destigurarla.

Si se negase á firmar por una tenacidad caprichosa la declaracion rendida, se estampará una diligencia que firmarán el juez y el escribano. Suponemos innecesaria la agregacion de testigos cuando el juez interviene en un asunto, para el que la ley no exige otra solemnidad.

Por lo mismo que esta prueba es tan interesante concede la ley la mayor amplitud para verificarla. *Todo litigante, dice el art. 292, está obligado á declarar bajo juramento en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda hasta citacion para definitiva; cuando así lo exigiere el contrario: porque en el hecho de hallarse abierta la contienda deben estar dispuestos entrambos á sufrir que se recurra á su probidad y á su conciencia para el reconocimiento de la verdad, que pueda tener influencia en la decision del litigio. Pero se exige como condicion precisa que se conteste la demanda, porque si el demandante no puede pedir otros juratorios que los relativos á preparar la accion por razon de la personalidad ó á allanar la via ejecutiva, el demandado tampoco pue-*

de exigir juramento al actor hasta que fije su concepto sobre la demanda del último.

Era natural que no se echase en olvido cómo pueden pedirse estas declaraciones para que se sepa la fuerza que deben tener y el concepto bajo el cual deben ser consideradas. *Estas declaraciones (294) podrán hacerse á eleccion del que las pidiere, bajo juramento decisorio ó indecisorio.*

Desde luego que el que ha de ser interrogado será citado con un día de antelación (293). La citacion se hará en la forma que se tiene indicada, pág. 461, tomo I.

Si no compareciere se le volverá á citar (suponen algunos comentadores que á instancia de la parte) bajo apercibimiento de que si no se presentare á declarar sin justa causa, será tenido por confeso (295) pues si el llamado á declarar no compareciere á la segunda citacion sin justa causa, podrá ser tenido por confeso, si se pidiere, inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva (297).

Tenemos en el hecho anterior un caso de contumacia ó rebeldía manifiesta, y lo será tambien el que refiere el art. 299, de que habiendo comparecido se negare á declarar. Entonces el juez le apercibirá en el acto de tenerle por confeso, si persiste en su negativa (295): pero esta disposicion debe combinarse con la del art. 297 que dice, *si rehusare declarar ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso, si se pidiere, inmediatamente y sin esperar á la sentencia definitiva.*

Por último, puede acontecer que el declarante eluda la contestacion y la ley dice, que si las respuestas fueren evasivas, el juez le apercibirá igualmente de tenerle por confeso sobre los hechos respecto á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes (295). Volvemos á repetir que esta disposicion debe combinarse con la que acabamos de citar del art. 297. El juez no hace mas que conminar: se limita á una advertencia, á representarle los riesgos á que se espone por su rebeldía ó su reticencia, porque la declaracion por confeso únicamente puede pedirla la parte contraria segun se infiere del art. 298 que dispone, que de toda confesion judicial se dará vista sin dilacion al que la hubiere solicitado, el cual podrá pedir que se repita para aclarar algun

punto dudoso y sobre el cual no se haya respondido categóricamente, ó que se declare confeso al colitigante si se halla en alguno de los casos de que habla el art. 297.

Si á virtud de los méritos que hubiere alegado el que pidió la deposicion jurada se declarase confeso al que debió prestarla y se negó á rendirla, ó la rindió evasivamente, *la providencia que se dictare (299) haciendo ó denegando esta declaracion, es apelable. Interpuesta la apelacion, se admitirá para ante el superior correspondiente, continuándose no obstante la sustanciacion de los autos hasta dictar sentencia definitiva (300): ó lo que es lo mismo, la apelacion interpuesta quedará en suspenso hasta que se falle el pleito, porque podrá suceder que aquel que apeló considere innecesario é inútil la continuacion de esta apelacion ganando el pleito, como sucede con algunos recursos de nulidad interpuestos durante la sustanciacion de un litigio, pero que no se elevan á la superioridad hasta que se vé el éxito del pleito en lo principal. Si es desfavorable la sentencia definitiva ó parece tal al que fué declarado confeso y por consiguiente, si se apelare (por él) de la sentencia definitiva (301) se remitirán los autos para decidir tanto este recurso, como el interpuesto contra la providencia en que se hubiere declarado al litigante confeso, ó denegado esta declaracion.*

Pero (302), *si no se apelare de dicha sentencia definitiva (por el declarado confeso, pues suceder puede que apele la parte contraria) ni se insistiere despues de dictada y dentro de los cinco dias en la interpuesta con arreglo al art. 299, se estimará esta abandonada y consentida la providencia de que se interpuso: de manera que si el contrario apela y no el que ganó el pleito, si anteriormente interpuso apelacion de la declaracion por confeso, es preciso que reproduzca su insistencia durante los cinco dias.*

La ley nada ha determinado acerca de las declaraciones que se pidan á una corporacion, de lo que inferimos que ha dejado las cosas como estaban antes, que es á nuestro juicio, uno de los grandes inconvenientes de esta ley. Ya que se ha propuesto establecer las reglas del procedimiento, debia haber previsto y determinado casos que son tan comunes en la práctica. A los ayuntamientos y corporaciones se les recibe declaracion jurada, ó sea posiciones por medio de persona instruida; de lo que nos suministra un ejemplo el cap. III de Confessis Decrets, de Gregorio IX, en el

cual se habla del juramento hecho por un ecónomo de un monasterio. Sin embargo, no deja de haber autores que impugnan esta práctica.

Nosotros hubiéramos seguido una opinion media, y es la de no admitir juratorios contra ayuntamientos y corporaciones en cuanto á hechos que deben resultar en sus archivos, porque nos parece repugnante que se pretenda decidir los asuntos que interesan al comun por las contestaciones equivocadas que pueden dar concejales ó individuos de un cuerpo que no están enterados profundamente de sus negocios para emitir una opinion. Otra cosa es cuando se trata de negocios de actualidad, en que tuvieron una intervencion directa y activa los individuos del cuerpo.

Otra cuestion muy comun es la de si debe aceptarse ó no la confesion en su totalidad. La Ley de Enjuiciamiento no descien- de á resolver esta cuestion, ni nosotros haremos mas que indicarla. Hay autores que sostienen que la confesion solo merece crédito en lo que perjudica al que la hace, y que los extremos favorables que contiene debe robustecerlos con la prueba. Otros, por el contrario, sostienen que lo constituye que la confesion indivisible es que el hecho en si mismo, no tomándose por verdadero, sino en cuanto se halla confesado, no puede ni debe parecer verdadero sino tal cual se refiere en la confesion, debiendo si se piensa razonablemente sostener que aquel, cuya obligacion no podia ser probada, ha creido que no tenia necesidad de probar su liberacion, asi como seria una insensatez no querer pagar sino pidiendo carta de pago á un acreedor que ha prestado sin papel.

Por último, se encuentran escritores que han pretendido conciliar todas las opiniones dividiendo las confesiones en dividuas é individuas. Si el hecho ó circunstancia que añade el declarante es inseparable del hecho interrogado, y le constituye esencialmente distinto de lo que seria sin ella en este caso, la confesion se llama *indivdua*, y el interrogante deberá probar ser falsa la modificacion. Asi sucederia si á uno se le preguntase si ha recibido cierta cantidad y contestase afirmativamente; pero añadiendo que habia sido en pago de una deuda anterior. *Dividua* se llamará cuando la circunstancia añadida es tal que si bien destruye la obligacion que produce el hecho interrogado, es sin embargo, separable de él, y no le hace variar de naturaleza. Si preguntado uno si ha

recibido una cantidad contestase afirmativamente, pero espresando que la devolvió ó pagó, segun ciertos autores, este extremo se supone independiente, incumbiendo la prueba al confesante.

Por último, debemos advertir que en el art. 1231 del proyecto del Código civil se establece: Que la confesion judicial no pueda dividirse en perjuicio del confesante; asi como tampoco este puede revocarla, á no ser que probase que es el resultado de un error de hecho. Cuando citamos la opinion de autores sobre un punto tan controvertido, no parece fuera del caso que invoquemos como autoridad un proyecto de código.

Juicio de peritos.

Hay ciertas materias, en las que por inteligente que sea el juez, tiene que recurrir á la pericia de personas espertas en aquel ramo de conocimientos. Si se trata de la valuacion de algunos objetos, de la calificacion de ciertas sustancias, de puntos de arquitectura, de cuestiones que se rocen con la agricultura ú otras, preciso será valerse del juicio de peritos, y tambien nos parece que esto tendrá lugar cuando se trate de descifrar letras antiguas. El valor é importancia que se da á los peritos, se funda, segun dice Mr. Gabriel en la máxima de Pitágoras adoptada por los juriseconsultos, *peritis in unaque arte credendum est*. Los peritos son en realidad unos testigos, pero se diferencian de los comunes en que las deposiciones de estos recaen sobre hechos pasados que no dejaron huellas, ó sobre las circunstancias que sus vestigios no denotan. De suerte que estas circunstancias son insuficientes para hacer conocer lo que se busca. Las declaraciones de los peritos por el contrario versan sobre hechos subsistentes, ó de los que existen vestigios tan marcados, que manifiestan lo que ha existido o suministran á lo menos congeturas mas ó menos verosimiles.

Fundado en estas consideraciones, Mr. Gabriel establece otras diferencias entre los testigos y los peritos: 1.ª, que no cabe la eleccion en los testigos, siendo preciso valerse de los que por casualidad ú otro motivo están enterados del hecho que se trata de aclarar, porque son los únicos que pueden dar razon de él, al paso que en materia pericial, el hecho ó los vestigios del hecho pueden ser reconocidos por todos los que posean los conocimientos necesarios

para acreditarlos, y para sacar las debidas consecuencias. La 2.^a diferencia consiste en que la prueba de testigos no se reitera en materia civil, al paso que las declaraciones de peritos pueden repetirse.

Así como con una franca sinceridad manifestamos los puntos en que la nueva ley nos parece menos acertada en sus disposiciones, le tributamos el merecido elogio en las que reputamos dignas de esta demostracion. En esta clase consideramos el art. 303 que manda que el juicio de peritos se verifique con sujecion á las reglas siguientes:

1.^a *Nombrará uno cada parte á no ser que se pusieren todas de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo, pues si tienen confianza en él, no hay motivo para que se les obligue á un nombramiento inútil con aumento de gastos.*

Si fueren mas de dos los litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otro los que las contradigan. Clara, justa y económica es esta regla: pero la siguiente se halla mas bien entendida. Dice así: *Si para este nombramiento no pudiesen ponerse de acuerdo, el juez insaculará los que propongan, y el que designe la suerte practicará la diligencia.* No habiendo conformidad en la eleccion, no podia adoptarse medio mas adecuado. La suerte, cuando recae sobre elementos reunidos con inteligencia, no puede reputarse ciega.

Establecida la regla acerca del número de los peritos, procede la 2.^a á designar sus cualidades diciendo, *que los peritos deberán tener título de tales en la ciencia ó arte á que pertenezca el punto sobre que ha de oirse su juicio, si la profesion ó arte está reglamentado por las leyes ó por el gobierno, añadiendo que en este caso, si no los hubiere en el pueblo del juicio, podrá hacerseles venir de los inmediatos.* Cuando el gobierno ha reglamentado una profesion ó arte, debe suponerse que exige conocimientos especiales, que deben ir á buscarse en personas que los posean.

Pero (esta es la regla 3.^a) *si la profesion ó arte no estuvieren reglamentados por las leyes ó por el gobierno, ó estándolo no hubiere peritos de ellos en los pueblos inmediatos, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas aun cuando no tengan título.* Esta regla debe entenderse con cierta restriccion y prudencia, segun sea la materia y el objeto, porque ya se deja co-

nocer que en ciertas materias, como v. gr., una obra hidráulica, un albañil cualquiera ó una persona por buen juicio que tenga, no podrá reemplazar á un arquitecto ó ingeniero que posea los conocimientos de la ciencia.

La regla 4.^a es que *los peritos nombrados practicarán unidos la diligencia*, regla sumamente sabia, porque establece la discusión y la reunion de luces para decidir, formando un consejo facultativo en el que se ventilen todas las cuestiones y se examine la materia con el aplomo y circunspeccion que corresponde.

La regla 5.^a previene que *las partes pueden concurrir al acto y hacer cuantas observaciones qujeran á los peritos; pero deberán retirarse para que discutan y deliberen solos*. El permiso de que las partes concurren es sumamente útil para el esclarecimiento de la verdad, para que los peritos lijen su atencion en objetos que quizás no se la llamarían, y sobre todo para que en ningun tiempo puedan quejarse de que no se les ha oido completamente. Aun cuando solo se habla de la asistencia de las partes, entendemos que podrán concurrir los abogados y procuradores, y que en el acto les será permitido hacer peticiones para que el juicio pericial abrace ciertos extremos conducentes. Es muy digna de alabanza la prevencion de que concluido el reconocimiento los peritos han de quedar solos para decidir, porque de este modo se les asegura su libertad, y aun los nombrados por la parte tienen mas desembarazo para emitir su dictámen con arreglo á las inspiraciones de su conciencia.

Dispone la regla 6.^a que *si el objeto del juicio pericial permíttere que los peritos den inmediatamente su dictámen, lo darán antes de separarse á presencia del juez*: determinacion cuya conveniencia solo pueden comprender debidamente los que están versados en los negocios y saben lo útil que es, que hombres que tienen otros asuntos á su cargo viertan inmediatamente su concepto; fuera de que tambien conviene ponerlos al abrigo de la influencia y de las exigencias de las partes.

Pero *si exigiere* (el juicio pericial) *el reconocimiento de lugares, la práctica de operaciones ú otro exámen que necesite detencion y estudio, otorgará el juez á los peritos el tiempo necesario para que formen y emitan su juicio, el cual se consignará en los*

autos. Nadie puede oponerse á dilaciones que tienden á la instrucción y al acierto.

En la regla 7.^a se dispone que los peritos que estén conformes, estenderán su dictámen en una declaracion firmada por todos: los que no lo estuvieren lo pondrán por separado. Asi lo exige la claridad, á la que se ha consultado con esta disposicion. De no hacerlo asi resultan complicaciones y oscuridad.

La regla 8.^a establece todas las disposiciones que deben adoptarse si sobreviniese discordia; y son las que á continuacion se espresan. Cuando discordaren los peritos, el juez hará saber á las partes que se pongan de acuerdo para el nombramiento de tercero en el término de segundo dia.

Si no lo hicieren, el juez sorteará el que haya de dirimir la discordia entre los seis ó mas que paguen mayores cuotas de subsidio de la clase á que los peritos correspondan. La pericia tiene ordinariamente por comprobante la clientela, que sirve de base á la imposicion de la contribucion, segun la máxima quando plures periti reperiantur in aliqua civitate eligendi sunt peritiales.

Si no los hubiese en el pueblo del juicio podrá recurrirse á los de los inmediatos. Si tampoco en estos los hubiese, el juez podrá nombrar por tercero á cualquiera persona entendida en el asunto de que se trate, aun cuando no tenga titulo. Conviene, sin embargo, no echar en olvido lo que esponemos sobre la regla 3.^a

El nombre del designado por la suerte, ó del elegido por el juez, se hará saber á las partes: para que puedan recusarlo, pues solo con respecto á este cabe la recusacion, de cuya materia tratamos en el tomo I, pág 525, debiendo manifestar que algunos comentadores no hallan conforme la innovacion de que no puedan recusarse los peritos nombrados por las partes.

Hay un juicio pericial que está sujeto en cuanto á algunas de sus circunstancias á reglas particulares, y este juicio es el cotejo de letras. La persona que lo pida (288) designará el documento ó documentos indubitados con que deba hacerse, y cuales lo sean para el cotejo los designa el art. 289 enumerando:

- 1.^o Los documentos que las partes reconozcan como tales de comun acuerdo.
- 2.^o Las escrituras públicas y solemnes.
- 3.^o Los documentos privados cuya letra ó firma hayan sido re-

conocidas en juicio por aquel á quien se atribuya la dudosa. No podemos menos de advertir que en la aplicacion de lo dispuesto en este número debe tenerse alguna cautela, porque quizás para estraviar el recto criterio del juez, pueden reconocerse maliciosamente documentos á fin de que sirvan de punto de comparacion en un cotejo superior.

4.º *El escrito impugnado en la parte que reconozca la letra como suya aquel á quien perjudique.*

El art. 290 añade, que el juez hará por sí mismo la comprobacion, despues de oír á los peritos revisores y no tendrá que sujetarse á su dictámen. Este art. exige alguna explicacion. Desde luego conviene advertir que los peritos examinarán los documentos y emitirán su juicio: que el juez les oirá y hará tambien la comprobacion estampando en una diligencia su dictámen. ¿Y por qué en esta materia se conceden tales facultades? Porque el cotejo de letras es una materia que por su naturaleza no exige conocimientos que no deba tener un juez de 1.ª instancia, que habiendo manejado pleitos, visto infinidad de documentos, y conociendo por práctica la diferencia y similitud de los caracteres, puede hallarse en disposicion de formar un juicio bastante seguro caminando por el terreno de la práctica, mejor tal vez que los peritos hablando de trazos, perfiles, inclinacion de la letra, etc.

La escepcion que se establece en cuanto al cotejo de letras sobreponiendo el criterio del juez al de los peritos ¿es una demostracion de que en los demás debe atenderse al resultado de las declaraciones que hagan? Asi parece que debe inferirse por principios de buena lógica: pero en la realidad no vemos mas que un argumento negativo fundado en el silencio de la ley. Sin embargo, lo dispuesto en la ley 118. tit. 18, Partida 3.ª con respecto á las declaraciones de peritos; lo que determina el art. 290 de la ley y lo que establece el 523 del código francés, que á nuestro juicio vale mas que la opinion de un intérprete, y sobre todo el terrible error que refiere Escriche haber cometido unos peritos declarando falsas unas monedas, que ensayadas despues en París, se consideraron legítimas y se mandó que circulasen, son méritos que nos hacen vacilar para declarar obligatorias las deposiciones de los peritos aun en materia de ciencia (pues en cuanto á los hechos en que los fundan no cabe duda que están sometidas al criterio judicial.)

El artículo 323 del Código francés se halla concebido en estos términos: «Los jueces no están obligados á seguir la opinion de los peritos si su conviccion se opone.» Con arreglo á este principio, el juez, sentando que no tiene la conviccion, ó mas bien que esta se opone á que pase por lo que los peritos declaran, puede acordar otra visura. Esta determinacion del Código francés se funda en que las funciones del juez son las de apreciar la exactitud del parecer de los peritos, sin obligacion de conformarse y en el axioma del derecho, *dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*. Por lo comun el juez deberá motivar el auto ó sentencia en que se separe del parecer: y cuando advirtiese oscuridad en el dictámen, en auto para mejor proveer podria exigirles aclaraciones, ó bien acordar un nuevo exámen por peritos diferentes.

Esponemos francamente nuestra opinion, que juzgamos fundada da si se considera que el juez jamás debe fallar contra lo que, segun su conciencia, no presenta los distintivos de la verdad. Si cree que se ha adulterado, debe procurar por todos los medios que estén á su alcance restituirle su brillo; pero en esto, como en todas las cosas, no debe olvidarse la máxima de *nequid nimis*; tampoco dejaria de merecer censura un juez que lleno de orgullo y presuncion pretendiera sobreponerse á los peritos, aspirando á una omnisciencia que no es el patrimonio de ningun hombre. En una palabra, en cuanto al cotejo de letras, el juez no está obligado á pasar por la declaracion de los peritos, que algunos autores apellidan *atramentarios*: en las demás materias podrá interrogar á otros si los primeros no le satisfacen, pero no debe ser tan temerario que pretenda saber mas que los que tienen conocimientos especiales. Si su conciencia autorizó al principio su duda, despues su misma conciencia debe obligarle á no mostrarse presuntuoso y terco.

Reconocimiento judicial.

Otro de los géneros de prueba es este, que tambien se conoce con el nombre de inspeccion ocular, y consiste en el exámen y registro que hace el juez por sí mismo de la cosa litigiosa para enterarse de su estado y juzgar con mas acierto. Este reconocimiento lo puede hacer por sí solo ó acompañado de peritos. Si

el reconocimiento nace de la voluntad espontánea del juez, él lo acordará como un medio de esclarecer la verdad, y en tal caso si lo conceptúa necesario prevendrá a las partes nombren peritos, que le auxilién en esta operacion. Ordinariamente los reconocimientos los acuerdan los jueces en los autos para mejor proveer, ó las mismas partes los solicitan si reputan útil que el juez vea por sus propios ojos el terreno, á fin de que forme una idea exacta de la cuestion litigiosa. Entonces es lo comun que lo pida la parte durante el término probatorio. Hay en general una diferencia entre el juicio pericial y el reconocimiento á saber es, que el juicio pericial se pide para ilustrar al juez en un punto determinado, y el reconocimiento abraza la totalidad de la cosa por lo comun; se dirige mas bien á consignar ciertos hechos, que á saber un solo extremo determinadamente.

De los testigos, ó sea de la prueba testifical.

Esta prueba que es la que coloca en último lugar la ley, segun sus deseos aparece la postrera á que debo recurrirse; deseos que patentiza el art. 510 disponiendo que *sobre los hechos probados por confesion judicial no se permitirá á su autor prueba de testigos*. Se vé, pues, que se anhela evitar el testimonio de estos siempre que sea dable: pero el artículo citado prohíbe la produccion de testigos al autor de la confesion judicial, asaltando la duda de quien deba recibir esta calificacion, porque en sentido lato, autor de una confesion, es el que la promueve no menos que el que la hace. Sin embargo, nosotros entendemos que el artículo se funda de un principio de moralidad, y de consiguiente su objeto es prohibir que aquel que ha confesado ciertos hechos venga despues ofreciendo el escándalo de presentar testigos que declaren contra sus propios reconocimientos: pero el que pidió el juratorio podrá, en nuestra opinion, corroborar con pruebas los asertos de su adversario, y nos fundamos en que muchas veces el que hizo una confesion tratará de interpretarla y con sutilezas podria llegar á neutralizar su eficacia y estension, viéndose burlado despues el que se fió en lo que suponía claro ó creía tal alucinado por su interés y que despues el juez calificase en otro sentido usando de las facultades que concede el art. 517.

Sin embargo, nosotros reconoceríamos una escepcion, á saber: cuando mediase un juramento decisorio preliminar á la prueba (294), en cuyo caso como que entrambas partes habian celebrado un género de compromiso en reconocer como verdad lo que declare una de ellas, parece escusado que se practiquen pruebas de todo punto inútiles. El art. 149 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil quitó toda duda prohibiendo á ambas partes la prueba testifical en este caso.

Fuera del comprendido en el art. 310, la prueba testimonial no está prohibida en nuestra ley, al paso que el Código francés no la admite sobre cosas que excedan del valor de 150 francos, exigiendo acto ante notario ó documento privado: y si existe papel ó instrumento en cuanto á esta suma, no se admite por cantidad superior á dichos documentos prueba testimonial sobre lo que no contienen, acerca de lo que se alegó antes, en el acto ó despues del acto, (art. 1541 de dicho Código.) Los artículos siguientes contienen precauciones sumamente útiles para evitar los frándes y hacen oportunas escepciones con respecto á las obligaciones que nacen de los cuasi contratos, cuasi débitos, depósitos necesarios, pérdida de título por caso fortuito, imprevisto ó fuerza mayor, y finalmente, cuando hubiese principio de prueba por escrito, esto es, cuando mediase acto escrito precedente del que va á ser demandado ó del que representa y que hace verosímil la demanda, bastando que esté el papel escrito y no firmado de aquel.

Entre nosotros la prueba testimonial se usa sin restriccion, pero con precauciones que ha aumentado la nueva ley copiando en gran parte la de Enjuiciamiento mercantil.

Desde luego el *exámen de testigos se hará con sujecion á los interrogatorios por capitulos que presenten las partes*; (306) porque de esta manera los hechos pueden redactarse con claridad y sin confusion, debiendo con este motivo hacer una aclaracion que juzgamos interesante: valiéndonos de la frase actualmente en uso de tranquilidad material y moral, podremos decir que en los interrogatorios puede haber claridad material, cuando los artículos están gramaticalmente redactados, pero que faltará á la claridad moral, cuando el artículo contenga muchos hechos ó el giro de la redaccion sea tal que sugiera al testigo para declarar mas que lo que sabe ó para dar razon de su dicho. En nuestra larga práctica

hemos visto mas de cuatro interrogatorios de esta especie, que entre otros inconvenientes ofrecen una gravísima dificultad á los relatores para estractar la prueba.

Los jueces (307) examinarán los interrogatorios, y oprobados que sean, ó escluidas las preguntas que estimen no pertinentes, mandarán dar de ellos copia á la otra parte.

Es una garantía este exámen del interrogatorio por el juez, ahora menos interesante que antes, porque en la actualidad el interrogatorio se comunica: sin embargo, siempre creemos que el juez deberá repeler los artículos referentes á hechos no alegados, porque admitiéndolos á prueba y no estando prevenido el otro litigante, se le espone á la indefension. Si los jueces pueden repeler de oficio (274) las pruebas impertinentes, tambien los artículos que lo sean, pues el que está autorizado á la repulsion del todo, lo está para la de la parte. Nos referimos á lo que dijimos sobre aquel artículo.

La gran innovacion consiste en la publicidad racional de la prueba por medio de la comunicacion del interrogatorio; publicidad que se concreta, como es justo, á los que tienen interés en el negocio: no es menor la ventaja con el desarrollo de este principio en el art. 308 que establece *que los litigantes podrán presentar interrogatorios de repreguntas antes del exámen de los testigos. El juez aprobará las pertinentes y desechará las demás. El 309 dispone que los interrogatorios de preguntas y repreguntas deberán formularse de una manera afirmativa.*

Los interrogatorios de repreguntas tienen por objeto esclarecer los hechos que quizás una de las partes refiera diminutamente ó de una manera equívoca. Este medio de hacer frente á las asechanzas de un adversario astuto, es el complemento de la publicidad del interrogatorio, que se comunica como hemos visto, frustrando esta comunicacion la habilidad que se gloriaban de poseer algunos letrados, que tenian el talento de hacer brotar de un embrión pequeño y de frases oscuras un difuso interrogatorio.

Pero en las repreguntas deberá parar todo, y por eso estos interrogatorios deben permanecer en secreto, segun lo dispone el artículo 311, que prescribe que *los interrogatorios de repreguntas quedarán reservados en poder del juez y bajo su mas estrecha responsabilidad, hasta el momento del exámen de los testigos; y*

si (312) este hubiera de tener lugar en punto distinto del en que se siguiere el pleito, se acompañará el interrogatorio de repreguntas con el despacho que se libre en pliego cerrado. El juez requerido retendrá el pliego en la forma prevenida en el artículo anterior. Este método debía seguirse si las repreguntas no habían de ser inútiles cuando la prueba se hubiese de hacer en otro juzgado.

No hay término señalado para la presentación de los interrogatorios de repreguntas, pero aun cuando no lo está de una manera directa, se halla presijado de un modo tácito, puesto que el art. 311 contiene una limitación expresada en estas palabras: *antes del exámen de los testigos*. ¿Y por qué no después? 1.º porque las repreguntas deben hacerse según el 314, á medida que declare sobre el interrogatorio: 2.º porque hechas las repreguntas después que los testigos hubieren rendido su declaración completamente, y salido de la presencia judicial, podría haber inconveniencias y fraudes. Como ninguno de estos inconvenientes pueden temerse si los testigos no hubiesen sido examinados, no nos ofrece dificultad permitir la presentación de varios interrogatorios de repreguntas, pues si es lícito ampliar la prueba, también cabe la ampliación en esta parte de la misma.

Además de esta garantía, tienen otras las partes, á saber: el juramento de los testigos, el derecho á presenciarlo si lo pidieren, y finalmente el exigir ciertas noticias relativas á sus personas. El art. 315 dice: *Si las partes lo solicitaren, podrán presenciar el juramento de los testigos, y exigir se les den en el acto todas las noticias que sean necesarias para que puedan conocerlos con seguridad*; pero ora comparezcan las partes á presenciar el juramento, ora no, siempre deberá cumplirse lo dispuesto en el artículo 316 que establece que los nombres de los testigos, su profesión y residencia se comunicarán mutuamente á las partes inmediatamente después de su declaración. Aunque la ley no lo dice, se infiere que el escribano, en papeles que estenderá, deberá comunicar estas noticias á las partes, puesto que no hay publicación de probanzas y el término para alegar de tachas se ha reducido á cuatro días.

Con el fin de poder suministrar estas noticias, dispone el artículo 315 que siempre se preguntará á los testigos.

1.º Por su nombre, apellido, edad, estado, profesión y do-

micilio, aunque no se comprenda este particular en los interrogatorios.

2.º Si son parientes, consanguíneos ó afines de algunos de los litigantes, y en qué grado.

3.º Si tienen interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante. (Sobre el interés directo é indirecto, véase lo que dijimos en la página 514 del tomo I.

4.º Si son amigos íntimos ó enemigos de algunos de los litigantes.

Examinado este artículo podrá ofrecerse una duda y es, si únicamente, aunque no lo pida la parte, deberán ser examinados los testigos sobre los cuatro extremos que comprende el artículo 315, ó solo sobre el primero. Nosotros opinamos que el juez en cuanto á todos debe suplir la omisión, mayormente cuando acerca del primero no necesitaba dar este encargo el legislador, puesto que precisamente había de saber el juez el nombre, apellido, edad, etc. para que lo pudiese examinar. En la realidad, estas son las generales de la ley acerca de las cuales exige la ley 5.ª título 11. libro 11 Novísima Recopilación, sean preguntados los testigos. Vid. conde de la Cañada, tomo I, pág. 100.

La ley procede también a determinar la manera con que debe procederse al exámen de los testigos diciendo en el art. 314 *que serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar la declaración de los otros.* A no ser por esta precaución sería muy posible que los testigos se contagiasen con la imitación ó con el ejemplo, y muchas veces un testigo de cierto carácter, que fuese examinado el primero á presencia de otros testigos, podrá influir en la declaración de estos.

La prestarán, dice el mismo artículo, bajo juramento en la forma y bajo las penas que las leyes previenen: las penas son las que prescribe el art. 244 del Código penal, ó sea el presidio correccional y multa de 50 á 500 duros, excepto en las demandas cuyo valor no ascendiese á 50 duros, que entonces las penas serán las de arresto mayor y multa de 10 á 100 duros, con la agravación que marca el art. 246 caso de cohecho.

En este mismo artículo se previene *que los menores de 14 años no prestarán juramento*, cuya disposición debe cotejarse con el núm. 5.º del art. 8.º y 72 del Código penal.

Concluye el art. 314 disponiendo que *acto continuo de ser preguntado cada testigo acerca del interrogatorio, contestará á las repreguntas si se hubiesen propuesto y admitido*. Hallamos muy confusa la redaccion de esta parte del artículo, y no creyendo que la mente de los redactores de la ley haya sido que los testigos contesten primero al interrogatorio de preguntas y despues al de repreguntas, sino que respondan primero al preguntado del interrogatorio y á seguida al artículo relativo del interrogatorio de repreguntas, nos parece que hubiera podido darse mas claridad á la redaccion.

¿Se deberá leer íntegro el interrogatorio al testigo antes que declare, ó examinarle sin esta lectura acerca de cada una de las preguntas en el órden que van comprendidas en la série del interrogatorio? Aunque no lo tendríamos por una nulidad, ni se hace ni se hará regularmente, por cuanto se presume que el testigo se halla ya instruido acerca de lo que se le va á preguntar en la totalidad; pero si pidiese la lectura íntegra del interrogatorio, ó de todas las preguntas para las que se le presenta, no creemos que se le pudiera negar, porque al fin se trata de un negocio en el que se halla interesado, y acerca del cual corresponde que obre con plena deliberacion para evitar las penas que impone la ley al que declara falsamente.

Termina la ley la parte relativa á la prueba testifical con el artículo 317 que dice así: *Los jueces y tribunales apreciarán segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*.

Aunque parezca á primera vista indiferente esta declaracion, es de suma trascendencia, ya porque destruye el supuesto de que dos testigos contestes hayan de hacer plena prueba, ya tambien por las consecuencias que esto pueda tener en cuanto á los recursos de casacion. La prueba testimonial, como dicen autores muy respetables, es una prueba de analogía y de simple presuncion; porque al fin si se da fé á los testigos, es únicamente porque se presume que hombres de conciencia y de virtud no faltarán á la verdad; en una palabra, que ni engañarán ni se dejarán engañar ellos mismos. La ley 40, lib. XVI, Part. 3.ª, estableció reglas para determinar la fuerza que tienen los testigos en los pleitos; pero á pesar de ella siempre se ha creído, que al juez le correspondia en esta materia una apreciacion lata, de acuerdo con los cánones

de la legislación romana, que aun despues de haber establecido tachas y exclusiones, dejaba al juez el derecho de valorar los testimonios. *Tu magis scire potest*, (decia el emperador Adriano, ley 3.^a, §. 1.^o De testibus, 22, §, al legado de Cilicia que le consultaba) *quanta fides habenda sit testibus, qui, et cujus dignitatis et existimationis sunt*. Papiniano decia tambien que á la religion de los jueces correspondia apreciar la fé que se merece aquel cuya reputacion misma es intacta: *quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium: ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit perpendere*. Ley 13, lib. XXII, §. El juez debe pesar aun las aseveraciones de los testigos mas dignos de fé y mas recomendables, estableciendo reglas que no corresponde que repitamos ahora.

Así que si siempre podria ser problemático que dos declaraciones contestes produjesen prueba á la que debiese sujetarse el juez, en la actualidad todavia deberá reputarse mas dudoso, atendido el tenor del art. 317: la ley no dice á los jueces «tendreis como verdad lo que declare cierto número de testigos», sino que aprecien la prueba de testifical, segun las reglas de la sana crítica, esto es, de una crítica racional. Es lo mismo que decia el emperador Adriano en el lugar citado: *hoc ergo tibi rescribere possum summam, non ad unam probationis spectem cognitionem statim alligari debere: sed ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris*.

El art. 317 concede á los jueces facultades para la apreciacion de las puebas; pero de una manera racional y no de modo que desprecien los venerandos axiomas de las antiguas leyes, sobreponiéndoles su capricho y juicios aventurados. Creemos que debe haber un medio entre el encadenamiento y la tasa, y una libertad indefinida para prescindir de todo lo actuado.

La doctrina de este artículo se halla corroborada por las reflexiones que hace el señor don Francisco de Cárdenas en el tomo V, pág. 149 del Derecho moderno, citando un fallo del Supremo Tribunal que desestimó el recurso de nulidad intentado por don Cristóbal de Castro, que sostuvo haberse infringido las leyes que regulan las probanzas: habiendo declarado dicho Supremo Tribunal que no se habia infringido ni podia infringir la ley en el fallo de la Audiencia de Granada.

El art. 1329 del Código francés y los de otras varias naciones enumeran entre los medios de prueba las tarjas (palos ó cañas partidas que se unen para hacer una muesca ó raya, y que despues se dividen ó separan, quedándose cada mitad el acreedor y deudor). A nuestro juicio, equivaliendo á la escritura deben considerarse como medio de prueba y ser admitidas en los juicios; y con efecto, las admite el proyecto del Código civil en su art. 1210.

Para mas completa ilustracion de esta materia, remitimos á nuestros lectores á los comentarios del señor don Florencio Goyena, tomo III, pág. 203, sobre los artículos 1196 y siguientes. Allí verán las omisiones que se notan en la nueva Ley de Enjuiciamiento, particularmente en cuanto á las presunciones, que tanto dicho proyecto como el Código francés, colocan entre los medios de prueba. Quizás se dirá que las tarjas son un documento privado, asi como ciertos asientos y apuntaciones; pero no hubiera sido malo el haber hecho alguna indicacion, á fin de evitar los escrúpulos de algun juez.

Por último, aun haremos mérito de otro vacío que no sabemos como se ha dejado en una ley de procedimientos difusa por demás y llena de repeticiones.

La ley ha omitido tratar de las declaraciones que rindan personas que no sepan el idioma del país. En tal caso hay necesidad de valerse de intérpretes que deben ser juramentados.

CAPITULO VII.

De las tachas.

El juez debe apreciar las declaraciones de los testigos; debe pesarlas en la balanza de la justicia; debe examinarlas con la piedra de toque de su criterio. Si estas son sus funciones, no puede recusar la prueba de tachas que ofrezcan justificar las partes; justificacion que no es mas que un ataque á la prueba principal; una herida que se causa á un cuerpo que se presentaba con aparente robustez; un barreno que se pone al pie de las fortificaciones levantadas por el litigante contrario.

La prueba de tachas era el complemento de la defensa; mejor dicho, es la defensa misma: porque no puede decirse que se permite defender á aquel á quien se le prohíbe patentizar que la prueba de su adversario no lo es en la realidad, sino una farsa, una fantasmagoría, un juego teatral.

La nueva ley ha conservado, pues, la prueba de tachas; pero la ha modificado reduciendo su término y abriéndolo sin necesidad de una gestión que antes debían hacer las partes. Según el sistema antiguo, estas debían pedir la publicación de probanzas; de esta petición se confería traslado. Ordinariamente se evacuaba; pero en muchas ocasiones se retardaba la contestación para dar lugar á que las pruebas que estaban practicadas y no remitidas se enviasen á la escribanía.

La ley ha echado á tierra este método, estableciendo, artículo 318, que *concluido el término de prueba, sin ninguna gestión de los interesados, ó sin sustanciarla si se hiciere, el juez mandará unir las pruebas á los autos, y entregar estas por su orden á las partes para alegar de bien probado.* ¿Pero ya es posible el mandato que contiene este artículo si se toma literalmente? O nada entendemos de achaque de práctica, ó este precepto debe entenderse en otro sentido del que indican sus palabras. Vamos á la demostración. Dice el artículo, que concluido el término de prueba, de oficio se mandarán unir las pruebas. Creemos que lo así mandado no puede ejecutarse sin graves dificultades, aun en las probanzas de la Península, y que es de una absoluta imposibilidad en las pruebas ultramarinas. Supongamos que se ha concedido el término de 60 días para la prueba; que el pleito se sigue en Madrid, y que la prueba se practica en Cadiz ó que se haga en Filipinas con el término de un año. Es evidente que todos los 60 días, en el primer caso, y todos los 365 en el segundo, son hábiles para que examinen los testigos. Figurémonos que el pleito se recibió á prueba el 1.º de enero de 1856 y concluye el 31 de diciembre (que no es así porque deben escluirse los días que no son hábiles, artículos 8.º y 26). ¿Qué se adelantará con mandar en 1.º de enero de 1857 unir las pruebas cuando estas necesitan seis meses para venir de Filipinas? ¿Que efectos producirá este mandato? Una reclamación justísima de parte del litigante que obtuvo los despachos, que dirá no es justo que se me obligue á reproducir pruebas

que están en camino y que se actuaron dentro del término. Y si no, dígase que ese término no era ni de un año ni de 60 días, porque si se rebaja el tiempo que ha debido invertir la escribanía en estender los despachos ó reales provisiones, el que se ha de gastar en el viaje que estos han de hacer, y en la vuelta, vendrá á resultar un término mezquino. El juez va á mandar un imposible, y es que se unan pruebas que no se han remitido ni pueden remitirse para entonces, y que se entreguen los autos; entrega que tampoco puede verificarse. Luego es necesario que la disposición de la ley reciba un temperamento en la ejecución. ¿Y no era mas acertado el método antiguo? El celo por abreviar los trámites ha hecho estampar una disposición que á nada conduce, y que no producirá mas que conflictos y quizás providencias de algún juez poco instruido que obliguen á hacer reclamaciones y gastos. Las reformas, en nuestro entender, requieren mucha meditación.

El art. 319 aumenta la imposibilidad del cumplimiento del proveído, porque dice *que dentro de los cuatro días siguientes al en que se notificare esta providencia, podrán las partes tachar los testigos por causas que estos no hayan espresado en sus declaraciones, formando artículo sobre ello. Trascurridos dichos cuatro días no podrá admitirse ninguna solicitud sobre tachas.* ¿Cómo á los cuatro días siguientes al en que se notificare esta providencia, podrán tacharse en Madrid los testigos que declaresen en Cádiz ó Filipinas? Nosotros hallamos imposible que esto se haga dentro de los cuatro días siguientes al en que se notificare la providencia, en que apenas finado el término el juez provea la entrega de autos. Si se trata de testigos examinados durante el término ordinario, no puede saber cuáles son: y si se trata del extraordinario, aunque sepa cuales son los testigos, no puede saber, como tampoco en el caso anterior, si han omitido las tachas que padecen. Cuanto mas se examina la ley, mas crece el embarazo para su cumplimiento.

Otra dificultad se ofrece: supongamos que se mandan entregar los autos á las partes por su órden para alegar de bien probado, y que los toma el actor. Teniéndolos este, ¿cómo podrá el demandado, ver las pruebas de su adversario y enterarse de si sus testigos no han espresado en sus declaraciones todas las tachas que

pádecian? ¿Será justo que á esta parte le corra un término que no ha podido utilizar? Nosotros creemos que al demandado deberán contársele los cuatro días desde el en que se le entreguen los autos. Todas estas dificultades se hubieran salvado dejando por cuatro días los autos en la escribanía para que las partes los examinasen.

Ya hemos visto el término que concede la ley para alegar las tachas, y los inconvenientes que se ofrecen para el cumplimiento de sus mandatos. Ahora corresponde que veamos en qué consisten las tachas que admite la ley. El art. 530 dice: *Son tachas legales:*

1.º *Ser el testigo pariente por consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado civil del litigante que lo haya presentado.*

2.º *Ser al prestar la declaracion el testigo dependiente ó criado del que lo presentare. Entiéndese por criado ó dependiente para los efectos de esta disposicion, el que vive en las casas del tenido por amo y le presta en ella servicios mecánicos mediante un salario fijo.* No ha sido muy feliz esta redaccion; esas palabras salario fijo complican extraordinariamente el asunto. ¿Dejará de ser dependiente un criado que no tenga salario fijo y que esté á merced de los gajes que le dé su señor? ¿Todas las circunstancias han de concurrir en la persona del testigo, ó bastará que concorra una de ellas? ¿Un criado que viva en la casa del amo y no le preste servicios mecánicos, sino que vaya á trabajar diariamente en su heredad, podrá ser tachado? ¿Y si vive en casa del amo, presta servicios mecánicos, pero no recibe salario fijo ó un tanto por ciento, lo podrá ser tambien? Segun el artículo todas las circunstancias deben concurrir simultáneamente; pero á nuestro entender, semejante disposicion lleva consigo grandes inconvenientes.

3.º *Tener interés directo ó indirecto en el pleito, ó en otro semejante.* De esta tacha ya hemos hablado cuando tratamos de las recusaciones, tomo I, pág. 514.

4.º *Haber sido el testigo condenado por falso testimonio, pues no ofrece garantías de veracidad el que fué condenado por faltar á ella.*

5.º *Ser amigo íntimo ó enemigo manifesto de uno de los litigantes.* De la amistad y enemistad tambien tratamos en el tomo I, página 505.

¿Y cómo es que no se ha comprendido en las tachas la inmoralidad de un testigo, por ejemplo, á un vago, á un hombre perdido, á una prostituta desenfrenada, á un pobre de mala conducta, que puede venderse y que es probable que se venda al que le pague con profusion? No acertamos cómo la ley ha sido tan laxa en esta materia. Lo doloroso es que no siendo estas tachas, se presentarán como órganos de la verdad los que solo lo sean de la impostura.

Pasa á seguida la ley á tratar de lo que debe hacerse cuando se opongan las tachas. Si alguno de los litigantes, dice el art. 321, *tachase á uno ó mas testigos, se oirá sobre ello á la parte contraria; y si el que proponga la tacha ó tachas, ó ambos litigantes solicitaren por otrosies de los escritos en que promuevan este artículo, que se reciban los autos ó prueba sobre él, el juez la decretará.* Segun el contesto de este artículo pueden proponerse tachas, y sin embargo no ofrecer prueba sobre ellas; esto sucederá cuando no se proponga en otrosí. Tambien de su contexto se infiere que el juez tiene necesidad de admitir esta probanza aunque la propusiere una sola parte, pero esto debe entenderse cuando las tachas sean de las comprendidas en la ley. Si bajo tal concepto se negare la prueba, en nuestra opinion cabe la apelacion en ambos efectos.

Con respecto al término de la prueba de tachas, el art. 322 establece *que no pasará de 15 dias pudiendo el juez fijarlo dentro de este limite segun las circunstancias; pudiera haberse dicho en menos palabras el máximum será de 15 dias.*

Si con respecto á la principal no hay publicacion de probanzas, natural es que el art. 323 ordene *que trascurrido el término concedido para probar las tachas, las pruebas hechas se unirán á los autos sin necesidad de gestion de los interesados.*

Ya hemos dicho que puede acontecer que se aleguen tachas, pero que no se concluya para prueba y para entonces previene el art. 324 *que cuando ninguna de las partes pidiere la prueba de tachas, sustanciado el artículo con los dos escritos espresados, se mandarán entregar los autos al actor para que sobre todo alegue de bien probado. Lo mismo (325) se hará en el caso de que haya habido prueba de tachas, despues de unir estas á los autos.*

En resumen, las tachas deben alegarse dentro de 4 dias, deben

proponerse en escrito en el que por un otrosí se pida el recibimiento á prueba: el término será á lo mas de 15 dias: espirado se unirán las pruebas y se comunicarán para alegar, como tambien cuando se hayan espuesto las tachas pero no se haya hecho probanza, se entregaran los autos.

CAPITULO VIII.

De los alegatos, vistas y sentencias.

Ya se ha dicho que en sus dos últimos escritos, ó sea en el de réplica y dúplica el actor y el demandado por otrosíes manifestarán si tratan de hacer prueba ó desean que se falle desde luego el negocio. En este último caso nada puede alegarse ya: pero si la prueba se ha practicado, justo parece que las partes puedan analizarla en un escrito razonado, en el que á un mismo tiempo realcen los méritos que han deducido en su defensa y ataquen los de su adversario. Para este objeto se concede el alegato de bien probado: alegato interesante, porque en él debe hacerse una recapitulacion del pleito, aplicando á todos los puntos de derecho los hechos que resultan consignados en las justificaciones. La letra de un proceso está muerta y le da vida y la pone de realce el ingenio del abogado ya por el orden con que distribuye su discurso, ya por las oportunas reflexiones con que valora los hechos.

Para este trabajo se necesita tiempo, y este es el que señala el art. 526, determinando que *el término dentro del cual deberá alegarse de bien probado, será de seis á veinte dias, que el juez, con presencia del volúmen de los autos y teniendo en cuenta la gravedad de las cuestiones que se discutan, lo fijará en la providencia en que mande hacer la entrega.* Es decir, que un juez prudente evitará los recursos en reclamacion de próroga de término, acordando hacer la entrega, no por los seis dias en todos los negocios, sino por un término adecuado con proporcion á su naturaleza. Concluye el artículo diciendo: *Si antes de finalizar el término concedido se pidiese próroga y el juez lo estimase justo, deberá concederla, pero sin exceder de los veinte dias.* Lo notable en esta parte del artículo citado es que la próroga se ha de pedir antes

de firmar el término, lo que trae consigo gravísimos inconvenientes, porque si se han de llevar los autos á la escribanía cuando está trabajando en ellos el abogado, viene á resultar que interrumpe sus trabajos, pierde sus anteriores estudios, y hay un verdadero retardo mientras se concede el término y se llevan otra vez los autos á casa del letrado. Además, en muchas ocasiones se piensa concluir el despacho de un negocio, pero una visita, otra urgencia que se interponga, hace que salgan fallidos los cálculos del defensor. Por eso la ley no debia haber restringido tanto en esta materia ni á los litigantes, ni á los tribunales.

Sin embargo de lo restrictivo que es el artículo que acabamos de explicar, el inmediato, 327, ha autorizado para conceder en ciertos casos nueva próroga. Sus palabras son las siguientes. *En los casos en que por el volúmen, por la complicacion del pleito ó por la dificultad de la cuestion no bastare el término señalado en el artículo anterior, podrá el juez conceder otro nuevo término, que no pasará de diez dias.*

Hasta ahora ha hablado la ley del demandante: el 328 habla del demandado previniendo que *devueltos los autos por el actor, se entregarán al demandado para que alegue de bien probado, por igual término que el que el demandante los haya tenido.* Entendemos que hasta cierto punto es justa esta determinacion, porque si el actor ha necesitado mas del ordinario, es muy natural que deba necesitarlo igual para rebatir sus argumentos el demandado. *Al devolver los autos con alegatos, acompañara una copia simple de él, escrita por el procurador, la cual se entregará al demandante, porque si no es por este medio no podrá saber lo que este hubiere alegado.*

La discusion queda completa ya con esta comunicacion: no resta ya sino apercibirse á oír la sentencia. El art. 329 da la voz de atencion mandando, que *devueltos los autos por el demandado con su alegato, se mandarán traer á la vista con citacion para oír sentencia definitiva; pero (330) si cualquiera de las partes lo pidiere dentro de los dos dias siguientes al de la citacion, el juez señalará á la posible brevedad dia para la vista,* porque puede tener otros negocios que llamen su atencion y que exijan una resolucion mas pronta. Nuestros lectores tendrán presente sin duda lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40: el primero establece el orden que de-

de seguirse en las vistas, que debe ser aquel con que se hayan mandado traer á la vista: el segundo dispone que el mismo órden se guarde para las sentencias interlocutorias, sin que sea permitido anteponer unos negocios á otros, y el tercero manda que á pesar de lo dispuesto en los artículos anteriores, se dará preferencia á los que deben tenerla con arreglo á las disposiciones de esta ley.

En este acto (continuamos con el art. 330) *el juez oirá de palabra á los defensores de los litigantes si se presentaren*, de manera que este artículo confirma la publicidad para la decision de los negocios. Para la prueba, la publicidad se limita á las partes litigantes; ahora es mas ámplia y cualquiera puede entrar en los estrados del tribunal y oír las defensas. Seguramente que es una garantía para las partes el poder hacer oír su voz, porque el juez que no se mueva por principios de justicia, quizá se detenga en el camino de la parcialidad por el rubor que debe alterar su frente si el público se aperece de que á sabiendas y conculcando la razon ha pronunciado un fallo injusto. Dar la victoria al que no tiene buen derecho, únicamente puede provenir ó de ignorancia ó de maldad, y ambos son vicios que desacreditan á un juez, que le hacen indigno de desempeñar tan elevadas funciones, y á los que sirve de freno la publicidad.

Pero no haciéndose (331) *la pretension de que habla el artículo anterior dentro del término en el mismo designado, el juez dictará sentencia sin necesidad de vista pública, dentro de los doce dias siguientes al en que se hubiere citado á las partes.*

Si se hubiere celebrado vista pública, dictará la sentencia dentro de los ocho dias siguientes al en que hubiere terminado aquella, porque la vista suministra cierta instruccion al juez, que debia tenerse presente para la abreviacion del término.

Pero todavía la ley prescribe que *ambos términos podrán ampliarse hasta quince dias, si los autos esceden de mil folios.*

¿Y si al juez se le reuniesen varios procesos para fallarlos? Estando su atencion dividida entre tantos seria imposible el exámen concienzudo que desea la ley; entonces el juez, en vez de doce dias solo tendria cuatro, ó tal vez menos. En casos de esta naturaleza el juez deberia mandar al escribano estampar una diligencia, y así se pondria á cubierto de la disposicion del art. 332, que dice: *que si trascurriesen dichos términos sin dictarse sentencia, las*

audiencias corregirdu disciplinariamente á los jueces que hayan incurrido en semejante falta.

No resta para concluir la primera instancia del juicio ordinario sino pronunciar la sentencia. Sobre el modo de redactarlas, hemos hablado en la pág. 540 y siguientes Tomo I.

Notificada la sentencia, y siendo desfavorable, cabe para hacer tránsito á la segunda instancia el recurso de *apelacion*, del cual hablaremos mas adelante, por ser comun tambien á varios juicios de que vamos á tratar.

CAPITULO IX.

De los juicios de menor cuantía.

Establecida la regla, era muy lógico hablar de las escepciones: por eso en conformidad á lo que prometimos en la pág. 4, tomo I, espuesta la tramitacion del juicio que la tiene mas amplia, vamos á examinar la de los que la tienen mas limitada.

El orden exigía que principiásemos tratando de uno, que aunque de formas singulares, de sustanciacion arrebatada y pronta, puede considerarse ordinario hasta cierto punto, puesto que es el que se establece por la ley para cierta cuantía ó interés. No es, pues, este juicio privilegiado como algunos suponen: es el que se halla destinado por regla general á la resolucion de cuestiones que seria impropio y aun ridículo se ventilasen con una anchura que no guardase proporcion con la materia que se disputa. Valiéndome de las felices espresiones de mi amigo don Domingo Ribera, la ley ha querido despojar á este juicio del pomposo ropaje del propiamente llamado civil, para vestirle de otro mas modesto y propio de su escasa importancia.

No se crea que el juicio de menor cuantía sea una invencion moderna: en nuestra antigua legislacion, segun demostramos, pág. 151, tomo I, se encuentran diferentes disposiciones relativas á los verbales, y los jueces no dejaban de acortar algunas veces los trámites cuando se trataba de una suma poco considerable, recibiendo los pleitos á prueba por via de justificacion, y to-

mando otras medidas semejantes con el fin de impedir que se consumiese en costas lo que se litigaba. En 10 de enero de 1838 se promulgó la ley de menor cuantía estableciendo una tramitación especial para los asuntos que no excediesen de 2,000 rs.; pero la nueva de Enjuiciamiento ha elevado la suma hasta 3,000 y ha acortado los trámites. Después de esta breve reseña entraremos en su explicación.

La ley principia definiendo lo que se entiende por juicio de menor cuantía diciendo en el art. 1135 *que toda contestación entre partes cuyo interés (no precisamente cantidad, como observamos al tratar de los verbales) no exceda de 3,000 rs., se decidirá en juicio de menor cuantía.* La verdadera entidad de lo que iba á controvertirse, era la base de este procedimiento, y por eso era necesario que sobre este punto interesante y primordial no hubiese duda y que si se suscitase quedara resuelta desde el principio. A esto tiende el art. 1135 disponiendo, *que cuando las partes no estén conformes acerca del valor de la cosa litigiosa, el juez las oirá en juicio verbal y adquiriendo las noticias que estime necesarias, lo fijará, determinando en su consecuencia la clase de juicio que haya de seguirse. Añade que contra el fallo que pronuncie no habrá apelación.*

Cotejando este artículo con el 1163 advertimos una omisión: no se habla en él del recurso de nulidad, pero del art. 1154 se infiere que esta decisión puede protestarse, y que esta protesta facilitará cuando llegue el caso de un fallo adverso el uso del recurso de nulidad.

Es muy digno de notarse que en el art. 1163, relativo á los juicios verbales, se dice simplemente que el juez decidirá la duda que haya sobre la cuantía, y en el 1135, que fijará el valor adquiriendo las noticias que estime necesarias. Aunque se haya querido decir lo mismo, lo cierto es que se ha usado de distintas palabras. Sin embargo, en el art. 1135 se dice que el juez, *adquiriendo las noticias necesarias, fijará el valor;* de lo que debe inferirse que podrá tomar datos, buscar antecedentes, y aun nombrar peritos para que tasan la cosa objeto del litigio. Y á la verdad, ¿puede suponerse que la ley quiera un imposible? Realmente lo sería obligar al juez á dictar una determinación definitiva por sí mismo sobre lo que no sabe ni entiende.

Cuando por la ley de 10 de enero de 1838, se estableció la tramitación de los juicios de menor cuantía, hubo jueces que repelieron la acción ejecutiva si se trataba de reclamar cantidades comprendidas en la cuota de aquellos juicios; pero semejante error fué rebatido por los escritores y anatematizado por los tribunales. A fin de evitar su reproducción, la nueva ley establece (art. 1134) que *lo dispuesto en el artículo anterior (1133) se entiende sin perjuicio de la acción ejecutiva, de la cual podrá usarse, cualquiera que sea la cantidad de que se trate, en los casos en que proceda con arreglo á derecho; porque de lo contrario, lejos de abreviar alargaría el que tuviese derecho para entablar una ejecución.*

Aunque de limitada tramitación, el juicio de menor cuantía tiene en pequeño todas las partes del civil ordinario, como ya lo hemos manifestado. Debe proponerse la acción, y así lo previene el 1136, diciendo que *la demanda se deducirá por escrito, sin que sea obligatorio valerse de letrado ni procurador.* Esta última parte es una repetición del art. 19.

Con la demanda presentará el demandante: 1.º los documentos en que funde su pretensión: 2.º copia de la demanda y de los documentos en papel común.

Nada se dice de que puede ofrecerse en la demanda la presentación de documentos, porque siendo tan sencilla, es claro que no había necesidad de tomar esta precaución, confirmándonos en esta idea el tenor del art. 1146, que examinaremos más adelante.

La ley ha sido muy lacónica; pero aunque no lo diga, es á nuestro juicio evidente que el juez podrá repeler la demanda cuando advierta los defectos que expresa el art. 226, y que deberá proveer auto de traslado con emplazamiento, aunque según el artículo 1137, *las copias de la demanda y documentos se entregarán al demandado, considerándose esta entrega como citación y emplazamiento.* En el siguiente, 1138, se dispone: *que para la entrega de que habla el artículo anterior, se observaran las formalidades que quedan prevenidas en los artículos 228, 229, 230 y 231 explicadas en la pág. 462 y siguientes de nuestro Tomo I.*

Hecha la citación y emplazamiento, pueden ocurrir tres casos: ó que no comparezca el demandado ó que comparezca después de los seis días ó que comparezca dentro del término. Lo que de-

he hacerse en los dos primeros casos lo explica el art. 1139, que dice así: *La no comparecencia del demandado, á quien se haya citado en conformidad del artículo anterior, no detendrá el curso del pleito;* de lo que inferimos á la pág. 470 del citado tomo I, que no habia necesidad de acusacion de rebeldía, toda vez que el juicio deberá continuar en sus trámites, en cuyo concepto nos confirma: 1.º la circunstancia de ser el juicio de menor cuantía en cierto modo ordinario y que este continúa, sin embargo, de la no comparecencia del demandado: 2.º en que cuando otra es la voluntad de la ley lo dice espresamente como en el art. 646 (juicio de desahucio.) Pero si compareciese despues de los seis dias, se entenderán con él las diligencias sucesivas, sin que pueda retrocederse en el juicio, es decir, que lo tomará conforme esté. Si no ha contestado y el actor no ha propuesto prueba, quizás le sea inutil la comparecencia, porque el juez de su silencio ó falta de contestacion infiera que nada tiene que alegar cuando no lo alegó á tiempo, esto es, en la época marcada en el art. 1143. Entonces con arreglo al art. 1144, deberá el juez citar á juicio verbal á las partes, porque la tramitacion, segun hemos manifestado antes, debe continuar. Así que entendemos que aun cuando no haya concurrido el demandado debe citarse á juicio verbal, porque no obstante que la no concurrencia del demandado al pleito acredita hasta cierto punto conformidad con los hechos alegados por el actor, no puede suponerse tan fuerte como una confesion. Y á la verdad si la falta de comparecencia del que debe concurrir á evacuar posiciones, no basta para que se le declare confeso, y se necesita una declaracion especial, del juez con mayoría de razon, no debe atribuirse tal significado á un acto negativo, que no puede elevarse á la categoría de un reconocimiento.

Opinamos, pues, que por de pronto el juez, á pretesto de esta tácita conformidad, que podrá apreciar únicamente en su caso en el fallo, deberá citar á juicio verbal, ora haya comparecido el demandado, ora lo haya verificado despues del término á contestar.

Y si sin haber contestado compareciese y se le citase á juicio verbal ¿podria alegar verbalmente y proponer prueba? Nosotros entendemos que sí, con arreglo á los principios de la equidad y á lo que se infiere del art. 1139.

Si el actor hubiese propuesto prueba, y entretanto comparecie-

se el demandado y la propusiese en el juicio verbal, nos parece que no debe haber ninguna dificultad en admitírsela con arreglo al artículo citado.

Llegamos al tercer caso, y es el de que se presente en el término que se le ha prefijado; entonces el demandado puede contestar á la demanda, y lo verificará (art. 1140) dentro de seis dias. ¿Este término, desde cuando debe correr? La ley no lo dice, y únicamente podemos hacer conjeturas interpretándola nosotros. En el juicio ordinario hay dos términos diversos; uno para comparecer en juicio, y otro para contestar á la demanda ó formar artículos. Como en este juicio solo se habla de uno, y no se designa otro, es claro que no debe suponerse concedido. Y hay una razon para que así se establezca, y es que en los juicios ordinarios es necesario de todo punto ver los autos, por cuanto no se tiene copia de los documentos; pero en el juicio de menor cuantía se entrega copia de estos y de la demanda; de suerte, que desde el momento de la citacion se halla habilitado el demandado para contestar.

Veamos ahora como debe dar la contestacion.—*El demandado contestará (1140) dentro de seis dias.—A su contestacion acompañará: 1.º los documentos en que funde sus excepciones ó la reconvenccion en su caso: 2.º copia de la contestacion y de los documentos en papel comun. Estas copias serán entregadas (se entregarán) (1141) al demandado.*

Queda declarado por los artículos precedentes, que la reconvenccion debe entablarse dentro del mismo término que se concede para contestar; y si un mismo término se concede para ambas cosas en el juicio ordinario, no hay razon para que se siguiese distinto sistema en el de menor cuantía. Solo hay en la sustanciacion una alteracion ligerísima, y es la de que *cuando el demandado (1142) formulare reconvenccion, el actor deberá contestar dentro de tercero dia.*

Pero aun cuando la ley es esplicita acerca de la reconvenccion, nada dice de una manera terminante acerca de las excepciones dilatorias. ¿Podrán alegarse en el juicio de menor cuantía? ¿Cuándo y cómo deberán sustanciarse? En cuanto á que pueden alegarse no abrigamos la menor duda, porque seria un absurdo suponer que en un juicio de menor cuantía el demandado de-

biera sujetarse á un juez incompetente, responder sin articular este defecto á un actor que no tiene personalidad, omitir la alegación de la litis-pendencia, y sobre todo, autorizar con un silencio y resignación heróicas los defectos legales de que adoleciese una demanda. Repetimos, pues, que las excepciones dilatorias en nuestro concepto pueden alegarse. Pero, ¿cuándo y cómo? En esto está la dificultad, y nosotros la resolveremos según lo entendemos. Como que no se conceden más que seis días para contestar y seis se conceden también para alegar las excepciones dilatorias en el juicio ordinario, opinamos que este término servirá también para deducirlas; pero la naturaleza del juicio exige que al paso que se alegue se trate también de lo principal, esto es, que se conteste, y que se ponga también la mutua reconvencción si hubiese mérito para fundarla, como igualmente las excepciones dilatorias. Así no habría retardos en el juicio, y el juez se hallaría en el caso de resolver previamente sobre la declinatoria y la litis-pendencia, ó bien sobre las demás excepciones dilatorias si se declarase competente en conformidad del art. 248 que entendemos debe tener aplicación al caso actual, pues en lo que la ley no determina debe estarse con respecto á la tramitación á lo establecido para el juicio civil ordinario, cuyo principio se halla consagrado para las pruebas en el art. 1150, y porque si según hemos sentado en la página 122 del Tomo I, en todo lo que la nueva ley no resuelve, deben observarse las antiguas no expresamente derogadas, con mayoría de razón debemos convertir nuestros ojos á la nueva ley, para interpretar y hacer practicables algunas disposiciones de la misma.

Hemos manifestado cómo y cuándo deben alegarse las excepciones dilatorias, nos resta solo decir cuándo y cómo deberá el juez resolver sobre ellas, manifestando que si acerca de ellas no se necesita prueba ó la justificación se ha hecho desde luego con los documentos presentados, el juez deberá resolver al tiempo que toma los autos para recibir el pleito á prueba ó en definitiva si sobre la excepción dilatoria se hicieron durante este término las justificaciones, sin las cuales el juez no la pudiese calificar.

Resueltas estas cuestiones vamos á continuar el examen de la tramitación del juicio. Ya se ha dicho que debe haber un escrito de demanda y otro de contestación: solo dos escritos: únicamente

se permite otro al actor cuando hubiese reconvenccion : preciso era que esta nueva demanda no quedase sin contestacion : pero con el fin de concretar mas la discusion , tanto (1143) en el escrito de contestacion á la demanda como en el que se responda á la reconvenccion si la hubiere , el actor y el demandado deberán manifestar si están ó no conformes con los hechos espuestos en la demanda ó en la reconvenccion. Si las partes estuvieren conformes en los hechos (1144) y por no haberse alegado otros en contra quedare reducida la cuestion á un punto de derecho , el juez las citará dentro de tercero dia á juicio verbal , y oyéndolas ó á cualquiera otra persona que las represente legitimamente , dictará sentencia en el mismo dia , previniéndose en el mismo artículo, que de este juicio se estenderá la oportuna acta que firmarán el juez , escribano y los interesados.

La ley ha hablado del caso en que no se hubiese propuesto prueba : pero si las partes (1145) no estuvieren conformes en los hechos , ó si aunque lo estuvieren , se hubieren alegado otros en contra por el demandado, el juez recibirá el pleito á prueba, previniéndoles que en el término de tercero dia proponga cada una toda la que esté en el caso de hacer : y pasado dicho término no se podrá proponer prueba ni adicionar la propuesta : pero el artículo 1146 declara no comprendidos en esta prohibicion , y antes bien exceptúa de ella : 1.º los documentos de fecha posterior á la demanda , á la reconvenccion y á sus respectivas contestaciones: 2.º los documentos de fecha anterior, de que protestare el que los presente no tener antes conocimiento: 3.º los documentos que tengan por objeto impugnar la reconvenccion. Obsérvese la relacion que tiene este artículo con los 225 y 253. No creemos que habiendo explicado estos (pág. 25,) debamos detenernos mas en esta materia.

Pueden las partes manifestar conatos de hacer prueba y aun haberse mandado por el juez que la propongan dentro de tercero dia, y sin embargo, abandonar su empeño: por eso trascurridos los tres dias (1147) sin que ninguna de las partes haya propuesto prueba , mandará el juez traer los autos á la vista y dictará sentencia.

Si ambas partes ó alguna de ellas (1148) hubiere propuesto prueba, señalará el juez el término dentro del cual haya de prac-

ticarse. Hallamos en esta parte muy arreglada esta tramitacion: 1.º una conferencia ó juicio verbal para ver si se consigue la conformidad de las partes en cuanto á los hechos: 2.º cuando no pueda conseguirse, el mandato del juez para que propongan la prueba: 3.º despues de la proposicion el recibimiento á prueba.

Ahora corresponde examinar tres puntos: 1.º el término dentro del cual debe hacerse: 2.º la forma en que debe practicarse: 3.º lo que debe tener lugar despues de practicadas.

Respecto al primero diremos que *el término de prueba no podrá pasar de nueve dias*, 1148; aunque á seguida se añade una escepcion estableciendo el art. 1149 que *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si alguna de las diligencias propuestas hubiere de practicarse en lugar distinto de el en que se siga el juicio, el juez, teniendo en consideracion la distancia y la facilidad ó dificultad de las comunicaciones, señalará un término mayor para que se pueda verificar.* El artículo hace una advertencia que comprende una restriccion que no se hizo con respecto al extraordinario, pero que debe sobre-entenderse porque si el último se concede para otro pais no puede utilizarse en aquel para el que no se concedió. *En este último caso (el de la próroga) las demás diligencias han de tener lugar precisamente dentro del término que se hubiere señalado (1149.)*

En cuanto al 2.º extremo ó sea el modo de hacer las pruebas, no hay mas que referir el tenor del art. 1150 que dispone: que *las pruebas se practicarán en la forma establecida para el juicio ordinario, que los contra-interrogatorios deberán presentarse antes del exámen de los testigos* (ya se espuso la razon en el juicio ordinario:) y finalmente, que *los presentados con posterioridad serán rechazados por el juez*, pues ya se han examinado los testigos y seria irregular que se les volviera á llamar, causándoles una grave y nueva incomodidad por la morosidad de un litigante, que debiera haber sido diligente para usar de un beneficio de la ley.

El órden nos trae al tercer extremo. Hechas las pruebas y finado el término de prueba deben unirse al pleito de oficio por mandato del juez y sin escitacion de la parte. *Unidas las pruebas á los autos, (1151) convocará el juez á las partes á juicio verbal y las oirá si se presentaren ó á sus apoderados, estendiendose la oportuna acta.* Esta convocacion necesaria de parte del juez en

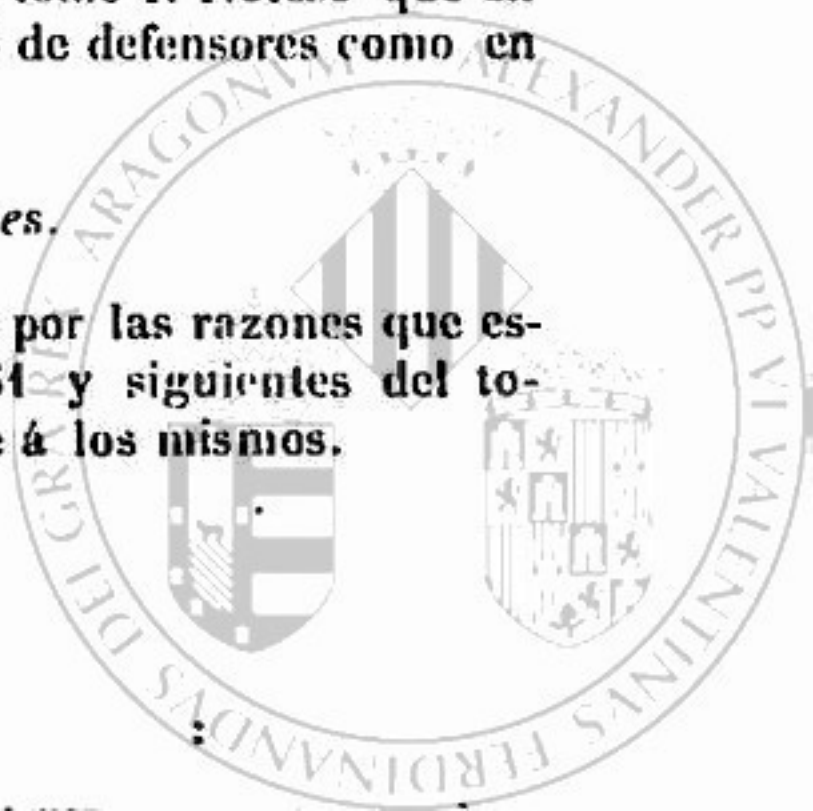
una transición de tan corta defensa, nos parece acertada, pero echamos de menos que se diga que las partes podrán instruirse de las pruebas en la escribanía desde que se unieron á los autos hasta que el juez convoque á juicio verbal; pero aunque no lo diga la ley, debe inferirse que será permitido hacerlo. ¿Si no como la parte ó su apoderado podrán hablar con conocimiento de causa é instruir al juez? *Al día siguiente de celebrado el juicio verbal (1152)* (y entendemos que hubiera debido añadirse ó aunque no se hubiese celebrado por no concurrir las partes) *el juez dictará sentencia: que será apelable en ambos efectos (como lo son 1153) las que recayeren en los juicios de menor cuantía.*

También cabe el recurso de nulidad si el juez hubiere declarado el negocio de menor cuantía y hubiere mediado protesta de la parte (1154); de uno y otro hablaremos al tratar de la tramitación de segunda instancia, limitándonos á indicar una cuestión, y es la de si las partes que fueren convocadas á juicio verbal podrán caso de imposibilidad para concurrir, solicitar que se señale otro día para la celebración. Nosotros creemos que mediando justa causa pueden entablarse y calificarse esta petición.

Se ha suscitado la cuestión de si los abogados podrán ó no concurrir al juicio verbal de que habla el art. 1151: pero mencionando este artículo á los apoderados y no siéndolo los letrados, es manifiesta su exclusión. Ciertamente puede dárseles poder, pero entonces concurrirían con este carácter y no con el que les compete por el ejercicio de su noble profesión. Véase lo que dijimos sobre esta materia pág. 160 y 161, tomo I. Nótese que en el art. 1151 se habla de apoderados y no de defensores como en otros. Vid. 702, etc.

De los juicios verbales.

Aquí correspondía tratar de ellos, pero por las razones que espusimos, verificamos su exámen pág. 151 y siguientes del tomo I. Allí se hallará con cuanto concierne á los mismos.



CAPITULO X.

De los juicios ejecutivos.

Los juicios de que hasta ahora hemos tratado, han sido aquellos en que ora fuese mayor ó menor la cuantía que se ventilara, era necesario depurar previamente mediante discusion si el actor tenia una accion calificable. Se litiga en estos juicios para que se declare el dominio ó la posesion en el demandante ó la obligacion en el demandado. Ahora vamos á tratar de otros juicios, en que aparece á primera vista una obligacion exigible, que tiene todas las esterioridades que pueden prudentemente requerirse para principiar de un modo violento á proceder, esto es, con el embargo de los bienes. Seria ridiculo con distintos méritos no adoptar distinta tramitacion.

El juicio ejecutivo era conocido desde tiempos antiguos en España, no solo en Castilla sino en Aragon: los reyes Católicos en la ley 1.^a, tít. 28, lib. 11, Nov. Recop. establecieron las reglas de una tramitacion extraordinaria. A ella y demás de dicho título y libro remitimos á los que quieran refrescar la memoria de lo pasado.

Los trámites establecidos se creyeron largos; sobre todo se juzgó inútil el término de los pregones, que no empleándose en el anuncio de los bienes, se habia convertido completamente en una próroga de que se utilizaba el deudor.

No cumple á nuestro propósito examinar una cuestion social y política, cual es la de si es ó no conveniente en una época, en que la propiedad se halla abatida, y que la riqueza moviliaria tiene tan gran estima, y se pueden pactar réditos enormes, que se allanen los caminos para despojar al propietario, quizás desgraciado, aunque deudor: nuestro ministerio es tan solo examinar la ley recientemente dictada, y para conseguirlo vamos á distribuir la esplicacion del tit. 20 en los siete puntos siguientes:

1.^o Méritos con que puede pedirse la ejecucion y medios de prepararla.

- 2.º Forma y requisitos de la demanda ejecutiva.
- 3.º Primer proveído del juez y sus consecuencias.
- 4.º Modo de verificar la ejecucion, bienes que debe comprender, y circunstancias del embargo.
- 5.º De la mejora de ejecucion.
- 6.º De la citacion de remate y de la tramitacion del juicio ejecutivo desde ella.
- 7.º De las sentencias y sus efectos en diferentes casos.

PRIMER PUNTO.—*Méritos con que puede pedirse la ejecucion, y medios de prepararla.*

Principia el art. 941 estableciendo esta regla: *para que el juicio ejecutivo pueda tener lugar, se necesita un título que tenga aparejada ejecucion.* En seguida procede á designarlos espresando. *Los títulos que la tienen son los siguientes:*

1.º *Escritura, con tal que sea primera copia, ó si es segunda esté dada en virtud de mandamiento judicial, y con citacion de la persona á quien deba perjudicar ó de su causante.* Todos saben que la primera copia de una escritura, que se llama original, es la que comprueba el débito; que la segunda únicamente tiene valor cuando se libra con citacion de parte; que muchas veces pagada una deuda se entrega la misma escritura como resguardo al deudor que ha pagado, el cual no insiste en la cancelacion del instrumento, confiado en que no podria librársele otra copia al acreedor sino con su citacion. Si un escribano indiscreto y poco entendido espidiese una copia, con ella no podria despacharse una ejecucion no concurriendo los requisitos que espresa el artículo; de suerte, que este no hace otra cosa que conservar una precaucion que ya habian adoptado nuestras leyes antiguas.

El 2.º título es *cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante autoridad judicial.* Este reconocimiento tiene á los ojos de la razon tanta y aun mayor fuerza que una escritura y por eso no es extraño que se enumere entre los títulos ejecutivos, asi como tambien en tercer lugar *la confesion hecha ante juez competente,* difiriendo este título del anterior en que el reconocimiento recae en el segundo caso sobre un papel, y en el tercero sobre una posicion que se dirige al deudor.

Deseando combatir la ley los artificios de que algunos deudores se valian para eludir las ejecuciones, establece en el art. 943 *que reconocida la firma quedará preparada la ejecucion aunque se niegue la deuda*: pero no dejamos de considerar que habrá casos en que la adopcion de esta regla tan general puede producir inconvenientes, porque hay muchas personas que por su ministerio se ven obligadas á firmar en blanco, y puede hacerse un abuso escandaloso de un acto de confianza inevitable, sin que durante el término de prueba sea quizás posible probarlo sino por medio de conjeturas y presunciones. Téngase presente lo dispuesto en el artículo 295: el juez no estimará la negativa de la deuda, pero no podrá dejar de poner lo que diga el deudor.

Si no se reconociese la firma, como igualmente si se niega la deuda en el caso de *haberse exigido confesion judicial*, el acreedor podrá usar de su derecho en juicio ordinario, segun el mismo art. 945.

Es evidente, segun lo espuesto, que para *preparar la accion ejecutiva (942) puede pedirse confesion judicial al deudor*. Tambien cuando el título no tuviese por sí sólo fuerza ejecutiva, y se necesitare con igual objeto el reconocimiento de la firma por el mismo deudor, podrá pedirse y deberá ordenarse que declare bajo juramen to indecisorio.

No se juzgará innecesaria esta manifestacion tan esplicita del legislador, visto lo que determinó en el número primero del artículo 222. Con esta aclaracion se disipan los escrúpulos que podian concebir ciertos jueces.

Unicamente debemos advertir que pudiéndose pedir posiciones despues de contestada la demanda, un juicio ordinario puede convertirse en ejecutivo: por eso se comunica toda declaracion por la novedad que podria inducir el reconocimiento.

SEGUNDO PUNTO.—*Forma y requisito de la demanda ejecutiva.*

La demanda ejecutiva, dice el art. 945, *se formulará en los términos prevenidos para la ordinaria*: se acompañarán los documentos, se numerarán los extremos que comprenda, se deducirá el derecho como consecuencia de los antecedentes: no se exige el acto conciliatorio (201), y por lo tanto no será necesario presentar-

lo; pero en cambio se requiere otra circunstancia que espresa el mismo artículo que concluye con estas palabras, *y contendrá además la demanda la protesta de abonar pagos legítimos*. Esta protesta la exigían también las antiguas leyes y la reclama asimismo la nueva, porque parece del caso que el que pide la satisfacción de una cantidad se comprometa á abonos que tal vez no recuerde en aquel momento.

Por fin, debe pedirse una cantidad líquida y resultar de los documentos ó de la confesion, porque *la ejecucion (944) no puede despacharse sino por cantidad líquida*, pues si no lo fuese la pedida debería preceder otro pleito en que se liquidase.

A veces la cantidad es líquida de una manera implícita ó por relacion, como cuando se pide el importe de los intereses vencidos y por ellos una suma determinada y los que se vencieren durante el juicio, que podrán saberse por el correspondiente prorrateo.

¿El tenor de este artículo excluye las ejecuciones de especie, v. gr., el que se pida ejecucion por determinado número de cahices de trigo, ó de cántaros de vino? A nuestro entender estas ejecuciones no se admitirán ya en la actualidad, porque mas que ejecuciones deberán considerarse en la clase de demandas para dar una cosa determinada, en las que deberá hacerse el justiprecio de las especies que no se den, reclamando además los daños y perjuicios.

Tampoco en nuestra opinion podrá pedirse ejecucion cuando deba darse una especie, reservando para el término de prueba la justificacion de su valor, (á no ser que se presenten con la demanda ejecutiva los documentos que lo prueben); porque la ley exige cantidad líquida, y cantidad en el sentido usual y genuino, es la que se espresa en metálico: no pudiéndose considerar líquida una petición que todavía necesita de los auxilios de una prueba.

TERCER PUNTO — Primer proveido del juez y sus consecuencias.

El juez examinado el título ejecutivo, 943 (y también la demanda, porque muchas veces lo que en ella se diga puede ser muy notable y modificar el título) despachará ó denegará la ejecución. De consiguiente quedan proscritos los autos de pague ó de razones, traslado sin perjuicio y otros de este jaez.

Del auto en que denegare la ejecución puede pedirse reposicion

dentro de tres dias (947), y apelarse dentro de los cinco siguientes si esta fuera denegada.

Esta apelacion procede libremente, y una vez admitida, se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion solo del apelante, porque este es el único que hasta entonces forma parte en el negocio. Esta apelacion se sustanciará en los mismos términos que la de sentencia definitiva de este juicio, menos la de entrega de autos al deudor mediante no ser parte aun en ellos.

Pero y si el deudor compareciese á prevencion ¿se le deberia oír? En nuestra opinion ni puede comparecer ni debe oírsele: 1.º por que esta es por entonces una cuestion peculiar del juez y del ejecutante. Se trata de examinar únicamente si es ó no legal el proceder de aquel: 2.º porque confirmándose el auto es natural que se condene en costas al ejecutante, y seria duro aumentar el gravámen con las costas de una persona que no debe comparecer: 3.º porque no compete que se oiga al ejecutado hasta que se le llame y sea parte: 4.º y último, por que si pretende evitar una ejecucion que supone mal fundada, ora por apoyarse en una escritura falsa, en un crédito prescrito o compensado, en su mano tiene incoar una demanda.

CUARTO PUNTO.—*Modo de verificar la ejecucion, bienes que debe comprender y circunstancias del embargo.*

Vamos á continuar los trámites de este juicio. *Despachada la ejecucion (948) se entregará el mandamiento que se espida al actor (ó al procurador que le represente): con él se requerirá al deudor al pago por el alguacil y escribano del juzgado: no verificándolo en el acto, se procederá á embargar bienes suficientes á cubrir la cantidad por que se proceda y las costas, los cuales se depositarán con arreglo á derecho.*

En este artículo se conserva la disposicion de nuestras antiguas leyes de entregar el mandamiento al ejecutante con un designio piadoso, para ver si teniendo entre sus manos el rayo que ha de abrasar á una familia, se mueve á compasion y desiste de su propósito. Asi entre los hebreos los testigos eran los primeros que lanzaban la piedra contra el delincuente que habian acusado. El actor ó su procurador entregarán el mandamiento al alguacil y

escribano, y estos en cumplimiento del encargo que se les hace requerirán al deudor para el pago. El requerimiento se hará en la forma prevenida en el art. 935 segun se esplicó en la página 465 del tomo I.

Cuando hecho el requerimiento no se verifique el pago se procederá al embargo, no de todos los bienes del deudor, sino de los que basten al cubrimiento del crédito y costas: pero con el fin de evitar arbitrariedades y demasías el art. 949 previene *el orden que se guardará para los embargos que es el siguiente:*

1.º *Dinero metálico si se encontrase;* porque dirigiéndose el embargo á hacer un pago, nada mas á propósito que el dinero; pero si hubiere de diversas clases, el deudor es árbitro para señalar el que le placiese en cantidad suficiente.

2.º *Alhajas de plata, oro ó pedrería, si las hubiere;* porque estos son los efectos mas semejantes al dinero y que suplen sus veces.

3.º *Frutos y rentas de todas especies;* que consisten en frutos y dinero que facilitan de consiguiente el pago y no desmembran el patrimonio aunque se embarguen.

4.º *Bienes semovientes;* caballerías y ganados que pueden considerarse en la misma clase que las alhajas y frutos por su pronta salida.

5.º *Bienes muebles;* por las mismas razones.

6.º *Bienes raíces;* á estos se recurre casi en último lugar por considerarse duro principiar despojando de una propiedad tan apetecida, tan segura y que tantas consideraciones proporciona como la inmueble.

7.º *Sueldos y pensiones;* el motivo porque se toca á estos en último lugar es porque se supone que el que tiene sueldo ó pensión los destina al sostenimiento de la familia, que no sufre en la satisfaccion de sus necesidades dilacion, y sin duda por este motivo, por reputarlos en la clase de unos alimentos se previene en el art. 932 que *en los casos en que deba procederse contra los sueldos ó pensiones, solo se embargará la cuarta parte de ellos si no llegaren á 8,000 rs. en cada año: desde 8,000 á 18,000 la tercera: y de 18,000 en adelante la mitad.*

En este artículo se han reformado las disposiciones antiguas que indistintamente embargaban la tercera parte: ahora debe se-

guirse una escala proporcional y razonable, cuyo resultado es que siempre conserve el ejecutado lo suficiente para poder vivir, pues siempre le queda según su posición una suma con que puede atender á sus necesidades. Una duda puede suscitarse y es si la cantidad de la pensión se regulará para el descuento por la primitiva asignación ó por lo que quede líquido para percibir: cuya dificultad quizás se desvanezca meditando que el artículo previene el embargo de la cuarta y tercera parte ó mitad en general y que así como el pensionista de su parte debe satisfacer las cargas, también el ejecutante.

Pero hay casos en que el acreedor puede prescindir de seguir la escala fijada en el art. 949, porque *si hubiere bienes dados en prenda ó hipotecados, se podrá proceder contra ellos antes que contra ningunos otros*, en razón de que parece se hallan designados previamente como garantía del débito, pero se entenderá, *si el actor lo solicitare*, pues cada cual puede renunciar al privilegio establecido en su favor: pero si hubiese opuestos, podrían estos compelerle á que principiase á ejercer su acción por los especialmente afectos á la responsabilidad de su crédito.

En esta ley se han acogido los principios de humanidad consignados en las antiguas. *No se causarán nunca embargos*, dice el 951, *en el lecho cotidiano del deudor, su mujer é hijos*; sería una dureza obligarles á dormir en el suelo: *en las ropas del uso preciso de los mismos*: porque inhumano sería condenar á una familia á la desnudez: *ni en los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el primero pueda estar dedicado*; porque esto equivaldría á dejar sin alimentos á toda una familia y á condenar á la desesperación á un padre ó á un marido: pero se previene que *ningunos otros bienes se considerarán exceptuados*, evitando con esta declaración los abusos. Se entenderá como instrumento la yunta de labor. ¿De qué serviría escluir el arado sino se escluían los animales que deben arrastrarlo? Nos inclináramos á la opinión afirmativa.

Con este propósito el art. 956 previene, que *el acreedor puede concurrir á los embargos y designar los bienes del deudor en que hayan de causarse, con sujeción al órden establecido*. Su interés es bien notorio en que no se burle en esta diligencia, y nadie mejor que él puede intervenir evitando las condescendencias que or-

dinariamente se tienen en asuntos que no interesan personalmente á los sujetos que intervienen en ellas; parece que esta facultad la atribuye la ley únicamente al acreedor y no á su procurador.

Hecho este embargo, que nuestras antiguas leyes llamaban traba de ejecucion es preciso cumplir ciertos requisitos. *De todo embargo de bienes raices (933) se tomará razon en la contaduría de hipotecas del partido, librando al efecto el oportuno mandamiento por duplicado: uno de ellos despues de diligenciado, se unirá á los autos, y el otro quedará en la espresada contaduría.* El objeto de esta disposicion dictada ya con anterioridad á esta ley es consignar en los registros públicos la obligacion de los bienes, pues antes muchos quedaban burlados yendo á los oficios de hipotecas donde se anotaban las obligaciones escriturarias pero no los embargos. Esta materia tiene sumo enlace con la que tratamos desde la pág. 166 del tomo I. El embargo deja obligados los bienes y heridos con hipoteca, aunque no la tuviese la obligacion que prestó mérito á la vía ejecutiva.

Otra de sus consecuencias es que una vez hecho, las costas de ben satisfacerse, porque *aunque pague el deudor (954) dentro de las veinte y cuatro horas posteriores al requerimiento, y aun en el acto de este serán de su cargo las costas causadas en el juicio.* Con esta declaracion se evitan las cuestiones que promovieran los prácticos y que se resolvian de distinto modo segun las circunstancias.

3.º—De la mejora de ejecucion.

A veces, ó por no haber ido el acreedor á la traba, por ocultacion del deudor, ó porque en el lugar en que aquella se hizo no tuviese todos sus bienes, ó por aparecer los embargados sujetos á otra responsabilidad ú obligaciones, no resultan suficientes los embargados. La ley ha salido al encuentro de este inconveniente disponiendo (999) que *tambien puede pedir su mejora (la del embargo) el acreedor en el curso del pleito y deberá decretarse, si se puede dudar siquiera de la suficiencia de los embargados á cubrir principal y costas.* De suerte que la mas pequeña duda autoriza para la mejora, y desde luego la deduccion de cualquier terceria (999), será bastante fundamento para que se

amplien y mejoren los embargos, si el actor lo solicitare. Esta ampliacion no obliga á retroceder en las actuaciones, como sucedia antes, que toda mejora producía una nueva tramitacion. Igualmente se halla prevenido (958) que si durante el juicio ejecutivo y antes de pronunciarse sentencia, venciere algun nuevo plazo de la obligacion en cuya virtud se proceda, puede, si lo pidiere el actor, ampliarse la ejecucion por su importe sin necesidad de retroceder, y considerándose comunes á la ampliacion los trámites que la hayan precedido. La sentencia deberá ser extensiva á ella tambien.

Dos géneros de ampliacion se otorgan al acreedor: uno en cuanto á los bienes, otro en cuanto á las sumas demandadas: entrambas deben tener lugar antes de la sentencia, pero es evidente á nuestro juicio que pronunciada esta y consentida y ejecutoriada ya no podrá tratarse ejecutivamente sino de la cantidad consignada en la misma.

6.º— *De la citacion de remate y de la tramitacion del juicio ejecutivo desde ella.*

En la antigua tramitacion habia dos pasos interesantes; la notificacion de estado, la citacion de remate. Desde la notificacion de estado corria el término de los pregones: desde la citacion de remate corrian tres dias, dentro de los cuales era preciso oponerse, y hecha la oposicion dentro de ellos se encargaban los 10 dias de la ley. En la actualidad ya no hay ni notificacion de estado ni término de los pregones: se ha conservado la citacion de remate segun ordena el art. 959, disponiendo que *hecho el embargo, se citará de remate al deudor en persona ó por medio de cédula, si no fuere habido en la forma que queda prevenida para el requerimiento, y sigue el 960, dentro de los tres dias siguientes á la citacion, sin contar el en que se verifique, ni los en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales pero sí el del vencimiento, podrá oponerse el deudor á la ejecucion.*

Dos casos pueden ocurrir; que el deudor no se oponga y que se opusiere. Si no lo hiciere (961) pasados los tres dias, *acusada una rebeldia por el actor, mandará el juez traer los autos á la*

rista, y con citacion de este solo pronunciará sentencia definitiva. Preceptos tan claros no necesitan comentario ni explicacion.

Si se opusiere (962) se entregarán los autos á su procurador por término de cuatro dias, para que dentro de ellos precisamente alegue sus excepciones y proponga la prueba que estime conveniente. Entendemos que la proposicion de la prueba deberá hacerla mediante otrosi con arreglo al 256.

Pasados estos dias, sin necesidad de apremio se recogerán los autos de poder del procurador, estrechándolo á que los entregue sin consideracion de ningun género. Vemos en este caso establecido el procedimiento de oficio, disculpable en nuestro concepto cuando se observa en el ejecutante un vehemente deseo de cobrar, que es muy conforme que ausilie el juez siempre que no se muestre otro deseo en contrario.

Esos cuatro dias se conceden para alegar sus excepciones al deudor, pero la naturaleza del juicio, sus condiciones y circunstancias han debido establecer un principio de limitacion. La rigida observancia de un juicio ejecutivo no permitia la multiplicidad de medios que se otorgan en el ordinario, y la nueva ley ha consagrado una máxima que establecieron las leyes antiguas y la de Enjuiciamiento mercantil. El art. 965 dice: *las únicas excepciones admisibles en el juicio ejecutivo son:*

Falsedad del título ejecutivo.

Prescripcion.

Fuerza ó miedo de los que con arreglo á ley hacen nulo el consentimiento. (Obsérvese que no menciona el dolo.) Diremos que hay fuerza ó violencia, segun el art. 990 del proyecto del Código civil, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza fisica irresistible: que hay intimidacion, cuando se inspira á uno de los contrayentes un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes, ó de sus cónyuges, descendientes ó ascendientes.

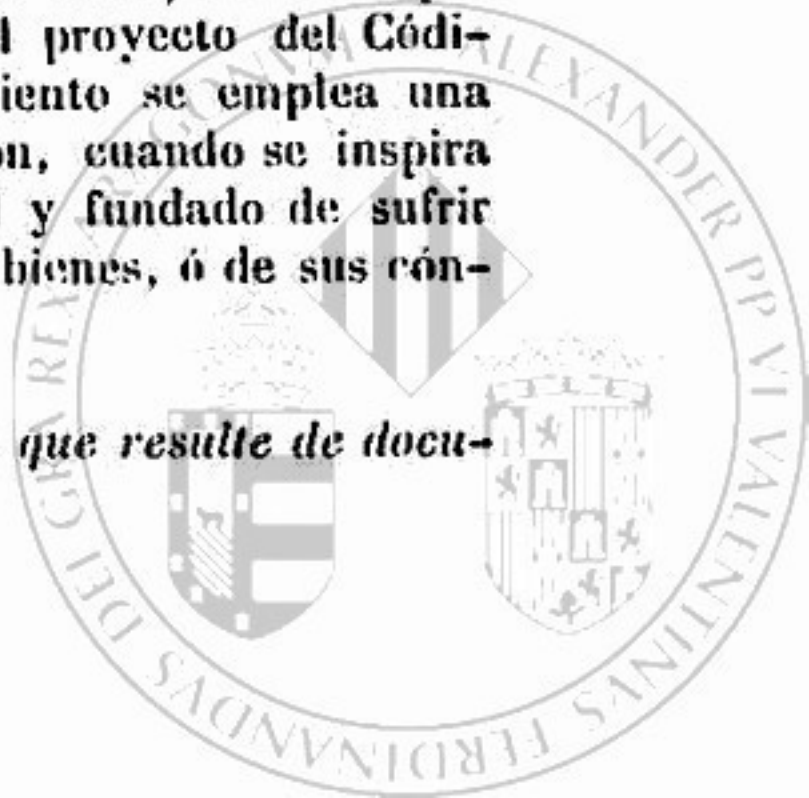
Falta de personalidad en el ejecutante.

Pago ó compensacion de crédito líquido, que resulte de documento, que tenga fuerza ejecutiva.

Quita, espera y promesa de no pedir.

Novacion.

Transaccion ó compromiso.



A pesar de que al principio del artículo se dice que estas serán las únicas excepciones admisibles, se concluye añadiendo que ninguna otra excepción podrá estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate.

El art. 327 de la ley de Enjuiciamiento mercantil admite también la excepción de incompetencia. ¿Y por qué no la admite el artículo que comentamos? Porque los juzgados ordinarios se suponen con una jurisdicción general, y porque si no recurrió á la inhibitoria el interesado desde luego que se despachó la ejecución, puede suponerse un género de consentimiento. Creemos, pues, que aunque la ley no admita la excepción de incompetencia en el término que antes se llamaba del encargado, no podría dejar de tener curso el procedimiento de la inhibitoria.

Habiendo respondido el reo y alegado lo que hubiese creído que cumplía á su defensa, era muy justo que se oyese al ejecutante y el modo con que debe verificarse esta audiencia lo dispone el art. 964 en los términos siguientes. *De la oposicion hecha por el ejecutado se dará traslado al actor por cuatro dias, para que conteste y proponga prueba por su parte, pasados los cuales se recogerán los autos en los términos indicados al hablar del deudor.* Una absoluta igualdad se establece en este paso de la tramitación entre el ejecutante y ejecutado; sin embargo, en obsequio de la defensa se estableció (965) *que de la contestacion del actor se dará copia al demandado y entregada dicha copia (966) se recibirán los autos á prueba por diez dias, dictándose al efecto la oportuna providencia que se notificará el mismo dia de su fecha.* Durante estos diez dias se harán las pruebas propuestas por ambas partes: *y podrán estas proponer y ejecutar cualesquiera otras que estimen convenientes. Tanto unas como otras deberán acomodarse á las disposiciones establecidas para las pruebas del juicio ordinario.* (Se podrá presentar interrogatorios de preguntas y repreguntas, etc.)

El término de prueba puede suspenderse en el juicio ordinario por justa causa (271), pero en el ejecutivo (967) *no puede suspenderse ni prorogarse sino de conformidad de ambos litigantes ó cuando por deber hacerse toda ó parte de la que se propusiere á distancia del lugar del juicio, el juez lo creyere necesario. Si así fuese, lo podrá prorogar ó suspender en auto motivado y bajo su*

responsabilidad por los dias que tarde el correo desde el pueblo en que se siga el juicio al mas distante en que hubiere de practicarse alguna diligencia y nada mas.

El simple cotejo de este artículo con el 271 antes citado, hace ver la diferencia de las formalidades que se observan para la suspension del término de prueba en el juicio ordinario y en el ejecutivo. En el primero solo se exige la justa causa y la responsabilidad del juez: en el segundo se exige cuando no mediase la conformidad de las partes: 1.º un auto motivado: 2.º la responsabilidad del mismo juez: 3.º se limita la suspension á un periodo cortísimo, que es lo que tarde á llegar el correo desde el pueblo en que se siga el juicio al mas distante: 4.º se limita asimismo la suspension al caso en que la prueba debiera hacerse fuera del lugar del juicio.

Si en los juicios ordinarios no se establece publicacion de probanzas, menos la debia haber en el juicio ejecutivo, y por eso en el art. 968 se dispone que *concluido el término y sus prórogas á instancia de una de las partes se agregarán las pruebas á los autos y se entregarán estos por término de tres dias á cada una de ellas para instruccion: pasados se recogerán en la forma que queda prevenida, señalándose en seguida dia para su vista.*

No nos deja de chocar que en el juicio civil ordinario segun el artículo 318, no se exige gestion alguna de los interesados para unir las pruebas al paso que se exige este requisito en el 968 que acabamos de transmitir con respecto al juicio ejecutivo. ¿Será por conceder este consuelo al ejecutado? Asi lo debemos inferir porque á nuestro juicio no hay otra razon plausible para establecer semejante diferencia.

Continuando la ley en marcar la sustanciacion de este juicio, determina en el art. 969 que *si las partes ó una de ellas lo pidieren, podrá el juez, sin informes ni vista pública, pronunciar sentencia, pasado un dia útil desde el en que se hubiere notificado el auto de señalamiento.*

Quedan reseñadas todas las actuaciones que deben tener lugar hasta el pronunciamiento de la sentencia: ahora corresponde que hablemos en último lugar de esta materia examinando el punto

7.º—*De las sentencias y sus efectos en diferentes casos.*

El art. 970 dispone en cuanto al término del pronunciamiento, *que la sentencia deberá dictarse á los tres dias siguientes al de la vista.*

Con respecto á las declaraciones que debe contener, añade: *y no podrá determinarse en ella sino una de estas tres cosas.*

1.ª *Seguir la ejecucion adelante*, esto es; haber habido lugar á la ejecucion y á sentenciarla de remate: en este primer caso se *impondrán las costas al ejecutado (971).*

2.ª *Declarar su nulidad*: declarar no haber lugar á sentenciarla de remate, y aun asimismo no haber habido lugar á la ejecucion, declaraciones simultáneas é inseparables. *En este segundo caso se impondrán las costas al juez ó funcionario que haya dado lugar á la nulidad.* Se habla de funcionario porque esta puede provenir del defecto de las notificaciones ó requerimientos.

3.ª *No haber lugar á pronunciar sentencia de remate*: cuando se haya justificado alguna de las excepciones admisibles en el juicio ejecutivo, en cuyo tercer caso se impondrán las costas al actor ejecutante.

Por regla general, *la sentencia de remate es apelable en ambos efectos (973), á no ser que el actor diere fianza bastante á responder de lo que siguiendo el procedimiento de apremio y alzada á la vez, pueda percibir y condenársele á devolver revocándose la sentencia.* Esta es la fianza que en la práctica antigua se llamaba de la ley de Toledo; fianza, así como la nuevamente instituida, insuficiente en nuestro concepto, porque si se revoca la sentencia, al ejecutado no se le indemniza devolviéndole lo que el ejecutante ha percibido, pues cabe que se hayan vendido bienes por menos que su valor intrínseco, y que su privacion le origine graves perjuicios. ¿Hay resarcimiento competente con la devolucion del precio, si al ejecutado se le han vendido siendo menestral los materiales que tenía acopiados, ó la casa de sus mayores; si al labrador el campo, y al fabricante sus telares? Estos inconvenientes trataba de evitar la práctica antigua que establecía el derecho de moderacion ó de retracto á favor del deudor. Algo remediará este conflicto lo que dispone el art. 974 ordenando, *que si se*

apela y no presenta la fianza el ejecutante dentro de los seis dias siguientes al en que se interpusiere este recurso, se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion de ambas partes. Si se diere (973) la fianza, se remitirán tambien los autos, pero quedando en el juzgado testimonio de lo necesario para la ejecucion de la sentencia. Esto es lo que se llamaba testimonio in causa, que comprendia todo cuanto era necesario para llevar á cumplido efecto el fallo. Un afianzamiento, de tales consecuencias, no podia ser admitido sin la debida meditacion, y por eso en el núm. 2.º del artículo 973 se determina que esta fianza será calificada por el juez esclusivamense (de consiguiente no deberá darse traslado) y podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, con tal que fuere suficiente para el objeto con que se exige. Puede darse prenda, hipotecar una cosa determinada, ó en general los bienes, y aun cabria, á nuestro entender, que se depositase la cantidad entregada, con mas la suma que prudencialmente se creyese podian importar las costas.

Pero como en el art. 972 se declara que cualquiera que sea la sentencia que pusiere término á este juicio, queda lo mismo al actor que al reo su derecho al salvo, para promover el ordinario: se declara igualmente en el 976 que la fianza en ningun caso es extensiva al juicio ordinario: confirmada la sentencia, queda de hecho cancelada: y en el artículo 977, que si no se apelare, quedará de derecho consentida la sentencia sin necesidad de hacer declaracion alguna, y se ejecutará sin exigir fianza.

Concluye este título de la ley, con el art. 978 hablando de la sentencia que contuviere las declaraciones 2.ª y 3.ª contenidas en el art. 970 y dice: *La sentencia en que se declare la nulidad de la ejecucion, ó no haber lugar á la de remate, es apelable en ambos efectos, porque como que ya no continúa por el fallo la ejecucion, nada hay que ejecutar.*

Para la admision y sustanciacion de este recurso se seguirán los mismos trámites que para la apelacion de la sentencia de remate, menos en lo que se refiera á la fianza (978.)

CAPITULO XI.

Del procedimiento de apremio.

Pasamos al último período del juicio ejecutivo: á la ejecución de la sentencia, á lo que en la práctica antigua se llamaba avivar la voz del cuarto pregon, puesto que habia antes tres que no se daban por lo comun, aprovechándose de su término el deudor: el verdadero pregon, el real, era el primero que se daba despues de tasados los bienes.

Entra la ley á señalar los casos en que tendrá lugar este procedimiento y á señalar su curso segun los bienes que comprenda, diciendo el art. 979 que *consentida la sentencia de remate, confirmada por el Tribunal Superior ó dada la fianza en el caso de pedirse su ejecución, no obstante la apelacion, se hará pago inmediatamente al acreedor de principal y costas, previa tasacion de estas, si lo embargado fuese dinero, sueldos, pensiones ó créditos realizables en el acto.* Esta circunstancia simplifica extraordinariamente el procedimiento, pero si fuesen bienes de otra clase, se procederá á su justiprecio por peritos que nombren las partes y tercero en caso de discordia.

El nombramiento de este tercer perito se ha sujetado á varias formalidades que comprenden los artículos 980 y siguientes. Dice el 980: *El tercero será sorteado entre los seis que paguen mayores cuotas de subsidio. Sino llegaren á seis los peritos que haya en alguna localidad, se hará el sorteo entre los que hubiere. Si no hubiere alguno que pague subsidio, el juez nombrará el que haya de practicar el aprecio. El perito tercero (981) es recusable sin causa. Cada parte (982) puede recusar dos solamente.*

Estas son las disposiciones relativas á los peritos, que no exigen esplicacion alguna despues de lo que ya tenemos dicho sobre esta materia.

Claro es que el voto conforme de dos peritos producirá una legítima tasacion. Emitida su opinion, ó lo que es lo mismo, justipreciados los bienes (983) (ora sean sitios, ora muebles) se pon-

drán á pública subasta por ocho dias, si fueren alhajas, frutos, semovientes ó muebles, y por veinte si raices. Véanse dos términos diferentes segun la naturaleza de los bienes: pero en ambos casos debe cumplirse otro requisito, fijándose edictos en los sitios públicos é insertándose en los periódicos oficiales, si los hubiere en el pueblo. Igual insercion se hará en los periódicos del pueblo en que se hallaren situados los bienes embargados. En los edictos se señalarán el dia, hora y sitio del remate.

Y si no hubiere periódicos en el pueblo en que se sigue el juicio, ó en el que se hallan sitios los bienes ¿por qué no se acude á los periódicos de la cabeza de provincia? ¿No es bien triste la situacion de un deudor para que se empeore todavía con no dar publicidad á la venta? ¿No se establece una desigualdad chocante entre el deudor que tenga sitios los bienes en un pueblo donde haya periódico y otro que no tenga á su favor esta circunstancia? El legislador ¿no debia suplir estas desigualdades casuales?

Notamos en la ley cierta dureza, que no tiene otro origen sin duda que no haber visto los que la redactaron la miseria de las provincias y los artificios de ciertos acreedores para procurarse títulos ejecutivos. El único beneficio que se otorga al deudor es el que contiene el art. 984 estableciendo, que *antes de verificarse el remate, puede el deudor librar sus bienes pagando principal y costas: pero despues de celebrado queda la venta irrevocable.*

Pero cuando el deudor no haya dado este paso, será necesario continuar las diligencias, y la ley ha prescrito los trámites que han de seguirse, disponiendo las reglas que deben observarse en los remates, lo que debe hacer el juez despues de celebrados y la manera con que debe distribuirse su importe.

En los remates, dice el art. 985, no son admisibles posturas que no cubran las dos terceras partes del avalúo de los bienes. No solo nos parece que los redactores de la ley hubieran debido copiar el art. 343 de la de Enjuiciamiento mercantil, sino tambien haber estendido esta disposicion á los sitios, ordenando que no pudiesen rematarse sino en las tres cuartas partes de su valor.

En el 986 se dispone, que *no habiendo postores quedará al arbitrio del actor pedir nueva subasta, previa retusa por los mismos peritos, ó por otros nuevos si alguna de las partes lo exigiere, ó su adjudicacion en los referidas dos terceras partes. Tambien es,*

á nuestro juicio, durísimo este artículo, considerando: 1.º, el corto término que se concede: 2.º, la poca publicidad que se da á los anuncios, no exigiendo la insercion indispensable en los periódicos: 3.º, los amaños á que puede dar lugar la facultad de que se quede el acreedor con los bienes del deudor en las dos terceras partes de su precio, no habiendo habido mas que una subasta. Repetimos que conceptuamos durísimo este artículo, pues la experiencia nos tiene acreditado que á veces por circunstancias particulares, ó por amaños no se verifican las subastas.

Puede ocurrir que á veces el postor no cumpla la obligacion que contrajo y sin distinguir si el postor es pobre ó rico, si ha habido amaño ó culpa grave resuelve el 987 en términos generales lo que sigue: *Si por falta del postor dejase de tener efecto el remate, se procederá á nueva subasta en la forma que queda establecido. ¿Y qué forma es esta? ¿Se ha de poder pedir retasa en este caso? ¿Autoriza la razon que se pida cuando los hechos están demostrando que hubo quien ofreció por la cosa las dos terceras partes de la primera tasacion? Nosotros no podemos entender este artículo de una manera tan violenta; y aunque pretenda argüirsenos con la segunda parte del mismo que dice. El mismo postor será responsable de la disminucion de precio del segundo remate y de las costas que se hubieren causado con este motivo: entendemos que esto puede entenderse del caso en que habiéndose vendido la cosa por mas de las dos terceras partes, se vendiese despues en menos, en cuyo caso se haria efectiva la responsabilidad.*

Vamos á examinar ahora los actos posteriores. *Verificado el remate, dice el art. 988, lo aprobará el juez en el mismo acto, y mandará si fueren alhajas, frutos, bienes muebles, ó semovientes, que se haga entrega de ellos al comprador, previa la consignacion de su precio. Si fueren raices, dispondrá la entrega de los títulos de propiedad al comprador para su reconocimiento por el término que á su juicio requieran su estension y volúmen. Pasado este término, 989, y suplidos cualesquiera defectos que en los títulos se hubieran encontrado, mandará el juez que se otorgue la oportuna escritura á favor del comprador, previa la consignacion del precio. El exámen de los títulos, es indispensable para que el comprador se cerciore del dominio que tenía sobre los bienes el*

deudor y apurando tambien las cargas, se escuse de venir á hacer despues reclamaciones tardías.

Antiguamente en las ventas que se hacian por la justicia, el juez otorgaba siempre las escrituras, pero ahora el art. 989 determina *que si el deudor no se prestase al otorgamiento lo hará el mismo juez de oficio*. Pasa saber si se presta ó no el deudor, es necesario hacerle un requerimiento.

De todos modos, otorgada la escritura (990) y consignado el precio pondrá el juez en posesion al comprador.

Acerea del producto de las ventas dispone el art. 991: *Que si las sumas consignadas fuesen notoriamente inferiores á las que hayan sido objeto de la ejecucion, se hará entrega de ellas al actor en el mismo dia en que la consignacion se haya verificado. Si excedieren se mandará practicar la liquidacion, y ejecutada que sea, se hará entrega al mismo actor de lo que resulte tener derecho á percibir. El resto quedará á disposicion del deudor si no se hallase retenido á instancia de otro acreedor. En la liquidacion (992) deberán comprenderse todas las costas posteriores á la sentencia de remate que siempre serán de cargo del deudor.*

No juzgamos del caso detenernos en la esplicacion de proposiciones tan evidentes, pasando á transcribir las dos últimas de esta seccion. 1.^a *sin estar reintegrado completamente el ejecutante 993, no podrán aplicarse sumas realizadas á ningun otro objeto que no haya sido declarado preferente por ejecutoria: 2.^a las costas (994) causadas para la defensa del deudor en el juicio ejecutivo no tendrán en ningun caso prestacion, ya porque con una deuda posterior del ejecutado que no puede anteponerse á otras de fecha anterior, ya tambien porque en el hecho de haber sido desestimadas las excepciones, opuestas en el juicio ejecutivo, tiene contra sí este débito una presuncion desfavorable.*

Advertimos que no debe confundirse este procedimiento de apremio con el que establece el tít. 8.^o de la ley de Enjuiciamiento mercantil en el art. 530 y siguientes; mas bien encontraríamos una semejanza en los artículos 340 hasta el 349 inclusive.

El procedimiento de apremio es una pauta que se señala para ciertos casos. Véase si no el art. 633 en que hablando de la enagenacion de los bienes que se retengan para el pago de las costas,

se previene que se haga en la forma prevenida para el procedimiento de apremio del juicio ejecutivo. (Juicio de desaucao.)

Tambien se halla adoptado el procedimiento de apremio para hacer efectivo el importe de las costas, frutos ó daños y perjuicios en el interdicto de adquirir (708), para la exaccion de las costas en el de retener (722) y para la ejecucion de los extremos que contenga la sentencia en el de recobrar. (737.)

CAPITULO XII.

De las tercerías.

El mismo nombre que se da á estas oposiciones indica que es un tercero, una persona que nada tiene que ver con los que anteriormente litigaban el que las forma. La tercería es, pues, la interposicion de una demanda por una persona distinta de las que antes litigaban, y realmente tercero, es el que la deduce. Las tercerías eran ordinariamente de crédito y dominio, aunque podría haber otras fundadas en derechos reconocidos por la ley.

Sin embargo, á aquella clase las ha reducido el art. 995, que establece que *las tercerías que se deduzcan en los juicios ejecutivos, han de fundarse en el dominio de los bienes embargados, ó en mejor derecho que el ejecutante á ser reintegrados.* Pero á nuestro entender, las tercerías no podrán reducirse precisamente á estas dos clases; porque hay derechos reconocidos por las leyes que no pueden menos de ampararse. Con efecto, en Aragon ¿no puede deducirse una tercería para que se reconozca la viudedad en los bienes que han sido ejecutados? ¿No puede deducirse tambien en Castilla una para poner á salvo el derecho de usufructo? Otros derechos podríamos enumerar que no pueden ser desatendidos por mas que el artículo citado reduzca las tercerías á dos especies tan solamente, á saber es, á las de crédito y á las de dominio.

Segun sea la tercería, tales deben ser sus efectos. El mismo art. 995 dice, que *ni unas ni otras suspenden el juicio ejecutivo, y deben sustanciarse en pieza separada y en juicio ordinario; pero una cosa es que no suspendan el juicio, y otra muy distinta que en*

ciertos casos no se suspenda el procedimiento relativo á la venta de los bienes; diferencia que consigna el art. 996 estableciendo, que *si la tercería fuere de dominio, consentida ó ejecutoriada que sea la sentencia de remate, se suspenderán los procedimientos de apremio hasta que se decida*. La razon es bien obvia, porque si no se suspendiese la venta de una finca ¿qué provecho resultaria de una instancia promovida para conservarla? La suspension del apremio en este caso es de rigurosa justicia; pero para que en su aplicacion no haya exceso, el art. 1000 hace una aclaracion, que aunque no sea necesaria, es útil. Dice este artículo. *Si se hubiere embargado ó embargaren bienes no comprendidos en la tercería de dominio, podrán continuar contra ellos los procedimientos ejecutivos y dominio, no obstante la tercería. ¿Y por qué? Porque la suspension se entiende únicamente con respecto á los bienes que han sido demandados.*

Si se instase una tercería por viudedad, usufructo, servidumbre, etc., la razon aconseja que se suspenda la venta, pues de lo contrario, la subasta deberia hacerse con esta carga eventual, y si se desestimasen estas tercerías habria dificultades para regular el aumento de precio.

La suspension no tendrá lugar ni en todo ni en parte en las tercerías de crédito. *Si la tercería fuere de mejor derecho, (997) seguirán los procedimientos de apremio hasta la realizacion de los bienes embargados, suspendiéndose el pago hasta que se decida quien tiene mejor derecho*. Como en estas tercerías se pide dinero, no hay inconveniente en vender, en realizar, en reducir á metálico los bienes sitios: únicamente la tercería producirá la suspension del pago hasta que se declare por sentencia definitiva irrevocable que no es acreedor de mejor derecho. Este juicio, á saber, *las tercerías se sustanciarán con el ejecutante y el ejecutado (998)*, porque son las únicas partes que entonces se conocen; si hubiese mayor número de opuestos (821) por haber mas de una ejecucion y faltar bienes un libres de responsabilidad, se suscitaria concurso, de cuyas reglas vamos á hablar.

Quizás se preguntará si la sentencia pronunciada en una tercería de crédito ó dominio será ejecutiva? En nuestro concepto esta duda queda disuelta sin mas que considerar que las tercerías tienen la tramitacion del juicio civil ordinario, y que en este la sentencia

no es ejecutiva ni aun cuando se presente fianza, cuya admision no se halla establecida. Hacemos esta advertencia para que no se confunda el procedimiento moderno con el antiguo.

Este nos parece el lugar mas conveniente para resolver una cuestion que se nos ha propuesto, que es la siguiente.

¿Debe sustanciarse en juicio ordinario la tercera de dominio ó de preferencia que se interponga en juicio ejecutivo sino excede de 600 reales, ó en juicio verbal? ¿En este caso debe ventilarse ante el juez de paz ó ante el de primera instancia que conoce de la ejecucion? ¿Será apelable á la audiencia el fallo?

Ofrecen mérito para dudar las bases segunda y tercera del artículo 157, el 163 y los 219, 220, 995, 1155 y 1162.

Nuestra opinion es que de estas tercerías deberá conocer el juez de primera instancia en juicio ordinario, y nos fundamos: 1.º, en que aun cuando el art. 1162 prevenga que toda cuestion entre partes, cuyo interés no exceda de 600 rs., ha de decidirse en juicio verbal, y que su conocimiento corresponde á los jueces de paz, este principio general debe considerarse limitado á las demás prescripciones de la ley. El artículo habla, en nuestro concepto, de una cuestion comun, ordinaria, en la que las partes obran aisladamente y con independencia de todo otro procedimiento: no cuando la cuestion se halla subordinada y dependiente de otras actuaciones de que forma parte. Resultaria, pues, de lo contrario, que un juez de primera instancia que conociese de una ejecucion se quedase con la pieza principal y enviase la de tercería al juez de paz para recibirla despues con su fallo, lo que no dejaría de ser ridiculo, porque habria un juez distinto que fallase en el mismo negocio; y el ridiculo subiria de punto si hubiese otras tercerías, habiendo para ellas distintos jueces, segun su cuantía: 2.º, porque prescribiendo el art. 998 que las tercerías se sustancien con el ejecutante y ejecutado, se haria ir al juzgado de paz al ejecutante que nada pide: 3.º, porque atendida la tramitacion de los juicios de menor cuantía, claramente se vé que únicamente se contó con el demandante y demandado, y no con un tercero, de lo que se infiere que al legislador ni aun le ocurrió remotamente que pudiese ocurrir duda sobre este caso: 4.º, porque el art. 995 establece por el contrario su tramitacion determinando que se sustancien en pieza separada: 5.º porque este es uno de los casos en que puede pedirse

la acumulacion, segun la regla 2.^a del art. 157, y seria impropio que siendo asi que la acumulacion procede, se hiciese una separacion, aunque temporal; pero verdaderamente irregular. Lo seria enviar un juez propio un negocio para que otro lo falle y recibirlo despues de fallado, cuando es un principio que lo accesorio debe seguir á lo principal: 6.^o, porque con esta separacion se divide la continencia de la causa, pero de un modo anómalo (regla 5.^a, artículo 157). La tercería es una parte de otro juicio y no puede separarse: 7.^o y último, porque aun cuando no lo dice claramente la ley no debe privarse al juez de primera instancia del conocimiento de un negocio, teniendo como tiene competencia indubitada para todos los que no se exceptúan espresamente, ó por argumentos racionales que no conduzcan á un absurdo, como sucede en el caso presente.

Aunque todas estas circunstancias no concurren en las tercerías de menor cuantía, ó sea superiores á 600 rs., y que no exceden de 5,000, nos inclinariamos á la misma resolucion, bien que tampoco condenariamos la práctica contraria, porque siempre quedaria juez el de primera instancia, y quedando en uno y otro caso, sabemos que muchos jueces han adoptado la tramitacion de los juicios verbales ó de menor cuantía, lo que como ya hemos insinuado, no reprobaremos, no obstante que la ley dice simplemente que deben sustanciarse en juicio ordinario. Entonces podrá decirse que los juicios verbal y de menor cuantía son ordinarios para el interés que se ventila en la tercería, y el art. 995 recibiria una interpretacion bastante razonable.

Juzgamos del caso advertir que en las tercerías, asi como en los demás juicios ordinarios, puede ocurrir que se presenten terceros coadyuvantes ó escluyentes. Puede venir á deducir una tercería el que tiene el dominio actual, y comparecer á apoyarla el que se halle substituido ó llamado á la posesion de la misma finca: puede el fianza del deudor acudir á combatir la tercería de dominio sobre los bienes del deudor el fianza que prevee que si es escluida de la ejecucion se le obligará á pagar. No encontramos que se oponga á la admision de estos terceros el art. 998, pues en la realidad no hacen estos mas que auxiliar al tercero, que promueve la demanda llamada tercería, ó al ejecutante ó ejecutado.

CAPITULO XIII.

De los juicios universales, ó que versan sobre intereses colectivos. De los concursos de acreedores en general, y del concurso voluntario en particular.

Despues de tratar de los juicios mas usuales, de la tramitacion mas generalmente observada en la sociedad civil, vamos á examinar aquellos que por su generalidad y por su importancia merecen ser colocados con separacion. Seguramente despues del juicio civil ordinario, el de menor cuantía, el verbal, el ejecutivo y el de apremio, los mas interesantes son los concursos, los juicios de ab-intestato y testamentaria. Estos dos últimos, atendido el corto periodo de la vida de los hombres y repetidos accidentes, tienen que entablarse con frecuencia, y la mala fé ó las desgracias hacen necesarios los concursos.

Las razones que se tuvieron presentes para la introduccion de los juicios universales fueron entre otras: 1.^a, la economía: 2.^a, la brevedad: 3.^a, la relacion mútua que habia entre todas las pretensiones: 4.^a, el ser un todo distribuible entre los que comparecian lo que formaba la materia del juicio.

Bien al alcance de todos están las razones que acabamos de esponer, asi que no nos detendremos en desenvolverlas, destinando el tiempo que deberíamos invertir, y el papel que necesariamente ocuparíamos á puntos concretos á la nueva ley y á dificultades que ofrece su testo.

Entraremos sin mas preámbulos en materia.

De los concursos de acreedores.

Nos ha parecido del caso principiar á tratar de los juicios universales ó que versan sobre intereses colectivos, por el que es el juicio universal por escelencia, ó sea por el concurso de acreedores.

No solo trataremos de él primero por su importancia, sino tam-

bien porque muchas de las disposiciones del concurso son aplicables al de *abintestato* y al de *testamentaria*, y sobre todo porque es regla que debe seguirse siempre que sea dable, que de lo general debe descenderse á lo particular.

Los redactores de la ley así en esta como en otras materias no necesitaban inventar sino metodizar: tenían á la vista nuestras leyes antiguas, y sobre todo el Código de comercio y la de Enjuiciamiento mercantil que han puesto en gran manera en contribucion. Nos complacemos que se imite lo bueno y que se procure mejorar, con preferencia á hacer ensayos y arriesgar invenciones en materia de legislacion.

Dos clases de *concurros* establece la nueva ley, el *voluntario* y el *necesario*: los dos se conocian antiguamente, el uno con el nombre de cesion de bienes, y el otro con el de pleito de ocurrencia de acreedores.

Del concurso voluntario.

Ya hemos dicho que este no es otra cosa que la cesion de bienes de que hablan las leyes del tít. 15, Part. 5.^a, el Código civil francés en su art. 1265 y siguientes y el de procedimientos desde el 898.

La cesion es un acto por el cual un deudor imposibilitado de pagar á sus acreedores les abandona sus bienes. Es un beneficio que la ley concede al deudor de buena fé, á quien entre otras ventajas proporcionaba la de que no se le molestase con el apremio personal.

No nos compete entrar en el fondo de la materia: basta con que hagamos las indicaciones precedentes: nuestro ministerio es examinar las reglas establecidas por la nueva ley.

A veces un hombre de honor teme verse reconvenido por sus acreedores y para evitar ser llamado al tribunal, él mismo se anticipa á convocarlos, haciéndoles cesion de cuanto posee. Este paso debe darlo ante *el juez de su domicilio, que es el competente para conocer en este juicio (305) y el que se presente en concurso voluntario debe acompañar á su solicitud (306.)*

1.º *Relacion firmada de todos sus bienes, hecha con individualidad y exactitud: porque solo con esta franca manifestacion*

de sus haberes pone á sus acreedores en estado de resolver con acierto, evitando que incurran en error. Solo se exceptuarán de ella (la relacion) los bienes que con arreglo al art. 951 no pueden ser objeto de la ejecucion: esto es, no deberá comprender en la relacion, el lecho cotidiano, las ropas del uso preciso del deudor y su familia, ni los de su arte ó oficio.

2.º *Un estado de las deudas, con expresion de su procedencia y de los nombres y domicilio de los acreedores:* porque sin este estado no puede formarse concepto de la situacion del deudor, pues es preciso comparar las deudas con los bienes: el activo con el pasivo.

3.º *Una memoria en que se consignen las causas que hayan motivado su presentacion en concurso:* esta memoria servirá para ilustrar los estados y dar luz á los guarismos.

Sin estos documentos, concluye el art. 506, no se admitirá ninguna solicitud de concurso voluntario, porque sin ellos es imposible apreciarla, toda vez que ordinariamente se pide para implorar la clemencia de los acreedores, esto es, para rogarles perdón ó moratoria, peticion que deberá hacer por un otrosí del escrito con que acompañe la relacion, estado de las deudas y memoria.

El art. 507 previene lo que debe hacerse en este caso, disponiendo que si el deudor solicita quita y espera, o cualquiera de las dos cosas, el juez mandará inmediatamente convocar á junta de acreedores.

Al efecto señalará término bastante para que puedan concurrir todos los que residan en la Peninsula, designando el dia, hora y sitio en que ha de verificarse la junta.

Para esta convocacion será preciso citarlos, y la citacion (508) que será individual para los acreedores expresados en el estado, se hará en la forma que está prevenida en los arts. 228 y siguientes para los emplazamientos del juicio ordinario. La ley no se contenta con estas formalidades, sino que ordena asimismo (509) que se publicará además la citacion en los periódicos del pueblo en cuyo juzgado radicare el juicio, en el Boletín de la provincia, y cuando la importancia y circunstancias del concurso lo exigieren á juicio del juez, en la Gaceta de Madrid.

El acto para que se hace la convocacion es trascendentalísimo y en esta consideracion se funda lo dispuesto en los artículos cita-

los y lo que ordena tambien el 510 sobre que tanto en las cédulas de citacion como en los edictos, se prevendrá que los acreedores se presenten en la junta con el título de su crédito, bajo apercibimiento de no ser admitidos de lo contrario.

De la celebracion de la junta y fuerza de sus acuerdos. De el denegatorio de la quita ó espera, sus formalidades.

La junta se celebrará (511) en el dia señalado bajo la presidencia del juez y con asistencia del escribano actuario, porque es un acto judicial el que va á celebrarse. Se dará principio á ella por la lectura de los artículos de esta ley que se refieren al objeto de su convocacion (pues nada es mas conforme que tener presente la ley á cuyas disposiciones deben atemperarse los convocados), de la solicitud que la haya motivado, y de la relacion estado y memoria que la acompañen. Esta lectura debe producir la instruccion oportuna en los concurrentes, y en seguida debe tener lugar la discusion, cuyo orden señala este mismo artículo diciendo, despues de haber hablado dos acreedores en contra y dos en pro, si se hubiere pedido la palabra en estos sentidos, y el deudor ó su representante, si concurren, las veces que consideren necesarias, podrá cerrarse el debate, acordándolo asi la mayoría de asistentes: y en seguida el juez pondrá á votacion la espera ó la quita, formulando la cuestion que haya de votarse en términos claros y precisos.

No podia prescindirse de señalar las reglas que debian seguirse en la votacion. Estas serán siempre nominales y se consignarán en el acta que se estienda, porque la votacion produce un compromiso personal.

El voto de la mayoría formará el acuerdo: pero para que haya mayoría se necesita precisamente:

1.º Que se reúnan dos terceras partes de votos de los acreedores concurrentes á la junta; y

2.º Que los créditos de los que concurren con sus votos á formar la mayoría importen cuando menos las tres quintas partes del total pasivo del concurso: de manera que se exige la mayoría de número y de cantidad. Cuando estas dos mayorías concurren, hay

una garantía de que la espera ó la quita se han otorgado con gravísimos fundamentos.

Todos los acreedores deben concurrir y emitir su voto, pero hay algunos con respecto á los cuales se hace una escepcion fundada en lo preferente de su crédito. *Los acreedores por trabajo personal* (v. gr. los criados y jornaleros), y *alimentos* (el que dió posada y mantuvo al deudor), *gastos de funeral, ordenacion de última voluntad y prevencion de testamentaria ó abintestato*, así como los *hipotecarios legales y por contrato*, pueden abstenerse de tomar parte en esta votacion.

Si se abstuvieren, no quedan obligados á estar y pasar por lo acordado.

Si tomaren parte en la votacion, quedarán obligados como los demás acreedores.

Si el acuerdo (§12) fuere denegatorio de la quita ó espera quedan concluido el juicio y en libertad los interesados para hacer uso de los derechos que puedan corresponderles. Podrán, pues, ejecutar al deudor ó promover el concurso necesario, si hubiere méritos para ello. No se concede recurso alguno, porque es una gracia la que se pedia y los acreedores son libres para concederla ó negarla.

Del acuerdo favorable al deudor, contradicciones que puede sufrir y trámites por los que debe pasar.

Si el acuerdo fuere favorable al deudor (§13) podrá ser impugnado dentro de ocho dias siguientes al de la junta por cualquier acreedor que haya concurrido y que haya discurtido y protestado contra el voto de la mayoría. No basta, pues, disentir: es necesario protestar. Para el que vota en contra, pero no protesta no aprovecha este término.

Pero la impugnacion está limitada á causas ó motivos especiales, designándolos el artículo.

Las únicas causas, dice, porque pueden ser impugnados los acuerdos sobre quita ó espera, son:

1.ª *Defecto en las formas establecidas para la convocacion, celebracion y deliberacion de la junta:* pero estos deben ser defectos generales que afecten á la convocacion en globo, etc., porque

si hu
ante
sana
2
que
ento
cho
3
el d
tos
pere
gã
4
ría
nib
con
de l
jue
efe
por
por
á e
sid
na
ma
qu
fic
de
m
re
he
de
di

si hubo un vicio en alguna citacion y el interesado no la reclamó, antes bien concurrió y se dió por citado, el vicio quedará subsanado.

2.^a *Falta de personalidad ó representacion en alguno de los que hayan concurrido con su voto á formar la mayoría, porque entonces la constituye el voto de una persona que no tiene derecho para votar.*

3.^a *Inteligencias fraudulentas entre uno ó mas acreedores y el deudor para votar á favor de la quita ó espera; si mediasen estos amaños, si á virtud de ellos hubiere acreedores que intentasen percibir todo su crédito, sacrificando á los demás, mediaría un engaño que no podría canonizar la ley apenas se descubriese.*

4.^a *Exageracion fraudulenta de créditos para procurar mayoría de cantidad. Esta es una falsedad cometida con un objeto punible y que siendo un delito no puede crear derechos, que la ley considere como legítimos.*

Ocho dias son el término concedido para impugnar el acuerdo de la junta: *pasados sin haberse hecho oposicion (§14) traerá el juez los autos á la vista y dictará providencia mandando llevar á efecto el convenio y condenando á los interesados á estar y pasar por él.*

Dictará tambien para su ejecucion las providencias que correspondan á instancia de parte legítima.

Pero al paso que la providencia en que se mande (§15) llevar á efecto el convenio, no es apelable por ninguno de los que hayan sido citados personalmente para la junta, y no la hayan impugnado en los términos preveindos en el art. 515 (esto es, con formal protesta), queda á salvo su derecho para impugnarla á los que no hayan sido convocados personalmente.

Esto no obstante, si á instancia del deudor se les hubiere notificado el acuerdo, y no protestaren contra él en el acto ó dentro de los cinco dias siguientes, será obligatorio para ellos, del mismo modo que para los que han sido convocados personalmente y no han reclamado en debida forma. Al hacerse la notificacion (§16) de que habla el párrafo último del artículo anterior, se enterará al acreedor de lo que en él se dispone, haciéndolo constar en la misma diligencia bajo pena de nulidad.

Tramitacion de la oposicion.

Esta se sustanciara en via ordinaria. (517) Serán parte en ella los que la hayan formulado y los acreedores que quisieren sostener el acuerdo de la junta. Tambien podrá ser parte el deudor.

Los que sostengan el acuerdo de la junta litigarán unidos bajo una misma direccion y representados por un solo procurador. Lo mismo harán los opositores si fueren varios.

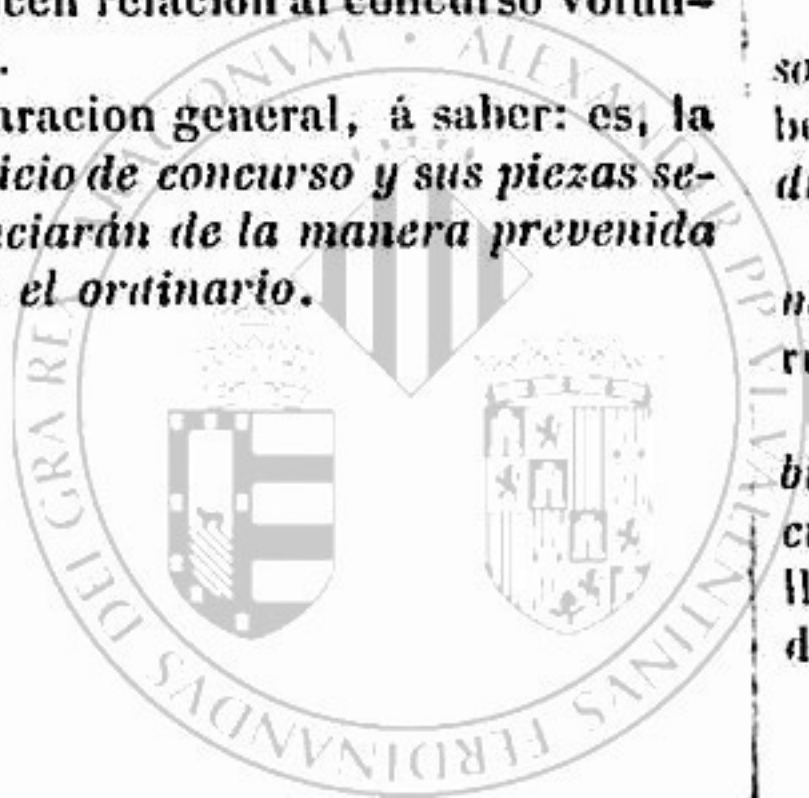
Esta disposicion es estensiva al deudor, si se presentare en el pleito, en cuyo caso litigará con los que sostengan sus mismas pretensiones.

Como todavia no hay síndicos nombrados que puedan sostener el acuerdo de la junta, no podia menos de confiarse su defensa á los mismos acreedores, que tienen derecho á defender sus actos ó al deudor, á quien interesa el acuerdo: pero todos los que sostengan una misma opinion litigarán unidos.

Ventilándose en juicio ordinario esta cuestion, es consiguiente que *la providencia que recayere es apelable en ambos efectos. (518)*

Quedan esplicados los trámites del concurso voluntario. Los restantes artículos que contiene esta seccion, no hacen otra cosa que establecer ciertos cánones ó reglas generales. Por ejemplo, el 519 dice, que *cuando se pida simplemente la formacion de concurso, se acomodará la sustanciacion á las reglas establecidas para el concurso necesario: de suerte que todas las disposiciones que hemos analizado en este capítulo dicen relacion al concurso voluntario en que se pida quita ó espera.*

El 520 hace asimismo otra declaracion general, á saber: es, la de que *los incidentes que en este juicio de concurso y sus piezas separadas puedan ocurrir, se sustanciarán de la manera prevenida respecto á los que tengan lugar en el ordinario.*



CAPITULO XIV.

Del concurso necesario.

El concurso voluntario es hijo muchas veces de un principio de delicadeza, las mas del deseo de obtener ventajas de los acreedores: obra es de la voluntad del deudor que se espontánea sobre su situacion y estado de sus negocios. El concurso necesario resulta de la dolorosa revelacion que han verificado los hechos: imprime una nota al concursado, le priva de la administracion de los bienes y le sujeta á un juicio calificativo de sus operaciones. No es extraño, por lo tanto, que un juicio que lleva en pos de si tales consecuencias, no pueda incoarse sino con graves fundamentos y con precauciones, y que aun declarada su procedencia, se deje al concursado el derecho de oponerse y defender su opinion de esta mancha y sus bienes del cataclismo que les amenaza. Vamos á metodizar esta materia fijando varias secciones ó puntos.

1.º. Méritos en virtud de los cuales puede declararse el concurso, juez á quien corresponde esta declaracion y la continuacion del juicio, y providencias consecutivas, acumulacion de autos, embargo de bienes, nombramiento de depositario.

La formacion del concurso (§21) necesario de acreedores, solo podrá decretarse á instancia de parte legítima, (por tal deberá considerarse un acreedor indubitado), y con tal que se acrediten los dos extremos siguientes

1.º Que haya dos ó mas ejecuciones pendientes contra un mismo deudor; pues una solo no le presenta en un estado de ruina.

2.º Que no se hayan encontrado en todas ó en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad conocidamente bastantes á cubrir la cantidad que se reclame. Seguramente, mientras se hallen bienes en que hacer la traba, podrá haber descuido en el deudor en no buscar dinero para pagar, pero no podrá decirse que

se encuentra en estado de insolvencia ni en la necesidad de formar un cunulo de sus bienes para repartir su importe entre sus acreedores.

Las dos condiciones deben concurrir simultáneamente, esto es, debe haber pendientes mas de dos juicios ejecutivos y no hallarse bienes en que trabar alguna de ellas. En tales circunstancias por lo comun el acreedor que se ve imposibilitado de cobrar, que observa que otro obrando con mas diligencia se apoderó de bienes que va á sujetar á la venta y percibir su precio, promueve el juicio de concurso, con el que tiende á reunir en una masa comun los haberes del deudor para distribuirlos equitativamente entre todos los acreedores. Preciso es para hacer esta declaracion, convencerse de que no hay otro medio que adoptar, ni otro rumbo que seguir.

Cualquiera de los jueces que estén conociendo (§22) de las ejecuciones, podrá intervenir en la materia, y es competente por lo tanto para declarar el concurso: pero no deja de otorgarse preferencia, porque si alguno de ellos fuere el del domicilio del deudor y este ó el mayor número de sus acreedores lo reclamasen, deberán remitirse los autos para la continuacion del juicio con preferencia á los demás jueces.

La declaracion de concurso lleva consigo: 1.º, la avocacion de todos los negocios pendientes en reclamacion de créditos: 2.º, la seguridad de los bienes del deudor á quien se le desposee de ellos y de su administracion. Estas son las determinaciones que contienen los arts. §23 y §24. *Declarado el concurso, se notificará al deudor (§25), y se oficiará á los jueces que conozcan de los demás pleitos ejecutivos, á fin de que los remitan para su acumulacion al juicio universal. En el juzgado en que se declare el concurso (§24) dictará el juez las providencias necesarias para el embargo y depósito de todos los bienes del deudor, la ocupacion de sus libros y papeles y la retencion de su correspondencia.*

El embargo lleva consigo el depósito, y para que lo haya, es indispensable el nombramiento de depositario que deberá ser (§25) *persona de crédito y responsabilidad, sea ó no acreedor del concursado. Además de la custodia de los bienes será obligacion del depositario: 1.º, administrar los bienes del concurso 2.º, cobrar cualesquiera créditos que tuviere el deudor; pero la cobranza de*

los créditos (528), será obteniendo previamente la venia del juzgado que se consignará bajo la firma del juez y del escribano en los títulos de los mismos créditos. De suerte, que estas firmas serán una garantía para que el juez, ante quien deba hacerse el cobro, y los deudores que deben pagar, reconozcan el representado del depositario.

3.º Proponer al juez la enagenacion de los efectos que no puedan conservarse (526), pero la venta (528) de los créditos, se hará con las formalidades que se prevendrán para los que hayan de ejecutur los sindicos.

Aun cuando en el art. 525 se determina que el depositario haya de ser persona de crédito y responsabilidad, en el 529 se establece, que los fondos recaudados se depositarán en el establecimiento público destinado al efecto.

Nada dice la ley cómo han de ocuparse los libros y papeles, y nos estraña esta omision, siendo un acto que exige una gran cautela y estraordinaria delicadeza. En nuestro concepto debe hacerse un inventario escrupuloso con intervencion del juez, citacion del deudor y asistencia del depositario á quien se entregará desde luego lo que no haya inconveniente en dejar en su poder. Podrán utilizarse, si no todas, algunas de las disposiciones del art. 1046 del Código de comercio que copiamos en la nota (1).

(1) La ocupacion de los bienes y papeles del comercio del quebrado tendrán efecto en la forma siguiente:

1.º Todos los almacenes y depositos de mercaderias y efectos del quebrado, quedarán cerrados bajo dos llaves, de las cuales tendrá una el juez comisario y la otra se entregará al depositario.

2.º Igual diligencia se practicará en el escritorio ó despacho del quebrado, haciendose constar en el acta por diligencia, el número, clases y estado de los libros de comercio que se encuentren, y poniendose en cada uno de ellos á continuacion de la última partida una nota de las hojas escritas que tenga, la cual se firmará por el juez y el escribano. Si los libros no tuvieren las formalidades prescritas por este Código, se rubricarán tambien por aquellos todas sus fojas.

El quebrado ó otra persona en su nombre y con poder suyo, podrá asistir á estas diligencias, y si lo solicitare se le dará una tercera llave, y firmará y rubricará en este caso los libros con el juez y el escribano.

3.º En el mismo acto de la ocupacion del escritorio se formará inventario del dinero, letras, pagarés y demás documentos de crédito pertenecientes á la masa y se pondrán en un arca con dos llaves, tomándose las precauciones convenientes para su seguridad y buena custodia.

4.º Los bienes muebles del quebrado que no se hallen en almacenes en que puedan ponerse sobre llaves, y los semovientes se entregarán al depositario bajo inventario, dejándo-

La retencion de la correspondencia es uno de los acuerdos que se dicta juntamente con el embargo de los bienes. El respeto que merecen las cartas depositadas en el correo y que se consignó en los arts. 9 y 10 de la ley 6.^a, tít. 13, lib. 3.^o, Nov. Rec., ha servido de guia para dictar el art. 527 en el que se establece, que el *deudor abrirá la correspondencia en presencia del juez y escribano* (entonces abierta que sea la entregará al mismo juez) y *recibirá* (el deudor) *en el acto la que no refiera á sus bienes ó negocios, reteniéndose la que trate de ellos.* Se hace una distincion razonable entre las relaciones de interés y las de amistad y corazon. *Si por el resultado de la correspondencia fuere necesario adoptar alguna medida urgente para la seguridad de los bienes, lo hará el juez con conocimiento del deudor.*

El cargo de depositario no es gratuito. *El juez (550) le señalará dietas. Estas no podrán pasar de 50 rs. diarios, teniendo para ello en consideracion la entidad y circunstancias de los bienes confiados á su custodia, se le abonarán además:*

- 1.^o *Medio por ciento sobre la cobranza de créditos.*
- 2.^o *Uno por ciento sobre el producto líquido de la venta de frutos ó bienes muebles ó semovientes.*
- 3.^o *Cinco por ciento sobre los productos líquidos de la administracion, que no procedan de las causas espresadas en los párrafos anteriores; pues entonces cobraría dos veces de una misma cosa.*

2.^o *Oposicion que puede hacer el concursado á la declaracion del concurso.*

Siendo esta declaracion de consecuencias tan trascendentales, muy justo era que se concediese reclamar contra ella. Esta facultad

le al mismo quebrado la parte de ajuar y ropas de uso diario que el juez comisario estime prudentemente que le son necesarios.

5.^o Los bienes raices se pondrán bajo la administracion interna del depositario, quien recaudará sus frutos y productos, y dará las disposiciones convenientes para evitar cualquiera mala versacion.

6.^o Con respecto á los bienes que se hallen fuera del pueblo del domicilio del quebrado, se practicarán iguales diligencias en los pueblos donde se encuentren despachándose á este fin los papeles convenientes á sus respectivos jueces.

Si los tenedores de estos bienes fueren personas donadas y de tatoria responsabilidad, atendido su valor, se constituirá en ellos el depósito, excusándose los gastos de la traslacion á poder de otros sujetos.

la consigna el art. 351 diciendo, que el deudor puede oponerse á la declaracion del concurso dentro de los tres dias siguientes al en que le haya sido notificada: y pasados los tres dias sin oponerse, se estimará consentida la declaracion.

Si el deudor formalizase oposicion (352, que deberá hacerse con intervencion de procurador y abogado) se sustanciará esta con el acreedor á cuya instancia se haya hecho la declaracion de concurso. Unidos al deudor bajo una misma direccion y representados por el mismo procurador, litigarán los acreedores que se opusieren con él á la formacion del concurso. En los propios términos litigarán unidos al acreedor ó acreedores, á cuya instancia se haya hecho la declaracion, los demás que quieran sostenerla.

La sustanciacion (354) de la oposicion á la declaracion de concurso se acomodará á los trámites establecidos para el juicio ordinario con las siguientes modificaciones:

- 1.^o Los traslados serán por tres dias improrogables.
- 2.^o Solo habrá prueba por conformidad de los interesados, ó en su defecto cuando el juez lo considere necesario.
- 3.^o El término de prueba será de diez dias improrogables.
- 4.^o Publicadas las pruebas, se dictará sentencia sin alegatos ni vista pública.
- 5.^o Si se interpusiere apelacion, se admitirá en ambes efectos, y sustanciará del modo prevenido en los arts. 840 y siguientes de esta ley; (esto es, se sustanciará la apelacion como si fuere de auto interlocutorio).

Fallados los autos por el tribunal superior, (356) se devolverán al juzgado de primera instancia con certificacion de la sentencia sin ningun otro inserto, salvo el de la tasacion de costas, si hubiere habido condenacion.

Si se revocase el auto de declaracion de concurso (356) se alzará la intervencion y se hará entrega al deudor por el depositario y escribano de los fondos, bienes, libros, papeles y correspondencia retenida. El mismo depositario, si hubiere desempeñado actos de administracion, rendirá cuentas al deudor.

Así es preciso que suceda y se haga, porque no es preciso olvidar que mientras se sustancia y decide la oposicion (353) continuarán ejecutándose las medidas adoptadas para el embargo y depósito de los bienes, ocupacion de libros y papeles, retencion y

eximen de la correspondencia. Aunque dura, esta disposicion era imprescindible, porque confirmado el concurso sino hubieran continuado el embargo y la retencion, quizás nada se hubiera encontrado.

En cambio de estas vejaciones *queda su derecho á salvo (557) al mismo deudor para reclamar del acreedor, á cuya instancia se haya declarado el concurso, la indemnizacion de daños y perjuicios ocasionados, si al solicitarlo se hubiere procedido con dolo ó falsedad:* únicos casos en que cabe hacerle responsable de un paso que da en beneficio propio. Es necesario que se exceda mucho para que se le sujete á una pena.

5.º—*De la tramitacion del juicio de concurso, piezas de que debe constar y pasos que deben darse en cada uno.*

El juicio de concurso necesario principia, no á peticion del deudor como el voluntario, sino á instancia de un deudor: declarado, puede este oponerse y promover una segunda instancia: durante esta reclamacion, los bienes continuarán embargados; pero no se pasará adelante hasta que la declaracion de concurso ó se consienta ó se confirme. Entonces es cuando se convocarán los acreedores para que comparezcan, y despues para que elijan síndicos: nombrados estos, aun cuando sea impugnado su nombramiento y posesionados de los bienes, el juicio de concurso principiará á seguir la marcha que le señala la ley, distribuyéndose en las diferentes piezas que señala todas las actuaciones. El art. 548 dice: *el juicio en adelante seguirá en tres piezas separadas.*

La primera, que será la que contenga las actuaciones anteriores (la declaracion del concurso, la impugnacion si la hubiere, la convocacion de los acreedores, la que se hiciere para la eleccion de síndicos, la junta de su nombramiento, el ramo separado de impugnacion, la posesion de los síndicos.) Esta pieza se denominará de administracion del concurso: en ella se sustanciarán los incidentes que se refieran á la misma administracion: pero (572) se subdividirá en los ramos separados que sean necesarios para la claridad y mejor direccion del concurso.

La segunda (pieza) se destinará al reconocimiento y graduacion de créditos. Tambien podrá haber ramos separados en los casos

que espresan los artículos 590 y 600, esto es, para la impugnacion de los acuerdos de las juntas sobre reconocimiento y graduacion.

La tercera, (estará destinada) á la calificación del concurso. Como que su objeto es sencillo y único, no se necesitan ramos separados.

Compendiando la tramitacion del juicio de concurso diremos, que despues de hecha la declaracion, se convocan los acreedores para que se presenten; á seguida se convoca la junta para la eleccion de síndicos. Estos toman á su cargo la administracion del concurso: formado el estado del concurso, se celebrará la junta de reconocimiento y despues otra para la graduacion, siguiéndose á esto el pago, y mientras estas diligencias se practican, los síndicos deberán formar la esposicion razonada sobre el juicio que hayan formado del concurso, pudiendo celebrarse tambien convenios y señalarse alimentos al concursado. Este es el órden del juicio: las principales materias que pueden agitarse en él despues de indicadas con generalidad, vamos á examinar lo que debe comprender cada una de las tres piezas en que divide la ley este juicio.

4.º—Consecuencias del consentimiento ó confirmacion de la declaracion del concurso.—Convocacion de la primera junta.—Formalidades que deben precederla y acompañarla.—Eleccion de síndicos.

Cuando no se hiciere oposicion á la declaracion del concurso, ó aun cuando se hubiese hecho no se estimase por el tribunal, el juicio seguirá por todos sus trámites. Asi lo establece el art. 538, disponiendo que, *consentida ó ejecutoriada la declaracion de concurso, el juez mandará hacer saber al concursado que en el término de segundo dia presente relacion de sus acreedores con la oportuna manifestacion de las causas de su estado. ¿Y por qué no se le manda que presente relacion de sus bienes? Sin duda porque habiéndose hecho el embargo, parece inútil este precepto. No obstante, por los papeles debe resultar quiénes son sus acreedores y se le exige esta noticia. El hecho es que en el concurso necesario se le pide á virtud de un mandato judicial lo que el deudor que cede sus bienes presenta voluntariamente.*

En el mismo auto en que ordene el juez la presentacion de la relacion y memoria mandará tambien *fixar edictos en los sitios públicos é insertarlos en los periódicos del pueblo, si los hubiere, en el Boletín de la provincia, y si el juez lo creyere conveniente, atendidas la importancia y circunstancias del concurso, en la Gaceta de Madrid, anunciándolo y llamando á los acreedores, á fin de que se presenten dentro de veinte dias con los títulos justificativos de sus créditos.*

Trascurridos los veinte dias (539) convocará el juez á junta general de acreedores para el nombramiento de síndicos.

Hay, pues, un llamamiento general por edictos con arreglo al 538, llamando á los acreedores para que se presenten con sus títulos justificativos, y esta presentacion, aunque no lo diga la ley, deberá hacerse en la escribanía, donde se tomará razon de los acreedores, su domicilio ó del de sus auoderados y títulos justificativos. Despues de este paso es cuando procederá el juez á convocar á junta general para nombramiento de síndicos, y la *convocacion se hará (540) por cédula á los acreedores que se hayan presentado, y á los demás por edictos que se publicarán en la forma antes establecida en el artículo 509: esto es, en los periódicos del pueblo del juzgado, en el Boletín oficial de la provincia y algunas veces en la Gaceta de Madrid. En las cédulas y edictos se señalarán el dia, hora y sitio de la reunion, la cual no tendrá efecto hasta pasados veinte dias desde la fecha de la convocatoria.*

Esta tenia por objeto la celebracion de una junta para nombrar síndicos, y su celebracion se verificará en la forma que previene el art. 541 que dice asi: *En el dia señalado se procederá á celebrar la junta bajo la presidencia del juez y con asistencia del escribano.*

Solo podrán concurrir á ella los acreedores que hayan presentado los títulos de sus créditos, ó que los presenten en el acto: porque necesitándose, segun el art. 511, saber el importe de los créditos para calcular la mayoría, es indispensable la vista de los títulos, y por eso se prescribió su presentacion en el art. 510.

Principiará la sesion leyéndose las disposiciones de esta ley que tienen relacion con el nombramiento de síndicos (arts. 542, 543, 546) y su impugnacion: continuará dándose cuenta de todos los antecedentes de la declaracion, de las diligencias de ocupacion

de bienes y papeles y de cualesquiera incidentes que hayan tenido lugar.

Hecho esto se procederá al nombramiento de sindicos, quedando elegidos los que lo hayan sido por la mayoría en la forma prevenida en el art. 511, (esto es, con las dos terceras partes de votos que sean de acreedores que tengan las tres quintas partes del total pasivo.)

Si en el primer escrutinio no reuniere ninguno las mayorías de número y cantidades, se procederá á nueva votacion entre los cuatro que se hayan acercado mas á una y otra mayoría.

Cuando en este segundo escrutinio tampoco reuniere ningun acreedor dichas dos mayorías, quedará elegido el que haya sido designado por la mayoría relativa de votos, y el que hubiere tenido en su favor la mayoría relativa de cantidades: esto es, se elige ó declara elegido el que mas se aproxima á las primeras condiciones que exige la ley.

Caso de que en el primer escrutinio hubiere reunido un acreedor las dos mayorías, se repetirá la votacion para el nombramiento del otro sindico, y si nadie las obtuviese, se entenderá nombrado el que habiendo tenido en su favor una de ellas, sea interesado personalmente por mayor suma en el concurso. Esta es una escepcion muy razonable: interesando al concurso que haya sindicos, muy razonable es dar la preferencia al elegido que obtiene una mayoría, con tal sea acreedor tambien y tenga un interés conocido por la cuantía de su crédito.

§.º—*Cualidades y número de los sindicos, impugnacion de los nombramientos, sus facultades, derechos, emolumentos y deberes.*

La eleccion ha de recaer (512) necesariamente en acreedores que se hallen presentes, (los que están ausentes no pueden tomar á su cargo la administracion, y con su ausencia dan muestras de no interesarse en el concurso) que lo sean por derecho propio y no en representacion á otro (de un procurador no puede esperarse el mismo celo que del propietario) y que no tengan conocida preferencia ó la pretendan; pues en estos casos contando con el cobro de su crédito, no es de presumir trabajen por el de los demás.

Solo á falta de acreedores por derecho [propio podrán ser elegidos los representantes de otros.

Si no hubiere mas que acreedores conocidamente preferentes, ó que sostengan serlo y representantes de otros comunes, la eleccion deberá recaer en estos: porque de lo contrario á los primeros el concurso se convertiria en un patrimonio de aquellos.

Despues de manifestadas las cualidades que deban tener los síndicos, la ley pasa á fijar su número estableciendo, §45, que en cada concurso se nombrarán dos síndicos, y que este número podrá aumentarse al de tres por acuerdo de dos terceras partes de los acreedores concurrentes á la junta. Cuando tantos se combinan para este aumento, claro es que lo considerarán necesario.

La eleccion de los síndicos podrá ser impugnada por los acreedores ó por el deudor (§45), porque van á ser administradores del concurso, y es justo que no obtengan este cargo los que no sean dignos de desempeñarlo. La ley es muy concisa y aun vaga. La impugnacion ¿ha de fundarse en la inobservancia de las formalidades que deben observarse en la junta, ó en las cualidades ó defectos de los nombrados? Creemos que en uno y otro podrá fundarse. Así que si se hubiese cometido en la junta una ilegalidad, si el síndico nombrado tuviese un crédito supuesto ó exagerado, si estuviese en connivencia con el deudor ú otros acreedores, cabria en nuestro concepto la impugnacion.

Si la eleccion fuere impugnada (§45) se formará pieza separada, en la cual se sustanciará la oposicion en los términos expresados en el art. 534 con la sola variacion de que la apelacion de la sentencia que recaiga se admitirá en un solo efecto, pues no se (§46) suspenderá la sustanciacion del juicio de concurso por la oposicion al nombramiento de síndico.

Por consiguiente nombrados los síndicos (§47) se los pondrá en posesion y se les dará á reconocer donde fuere necesario. Aunque no lo diga la ley, se infiere claramente que apenas se les dé la posesion cesará el depositario, y que á los mismos síndicos verificará la entrega de todo cuanto tenga en su poder como tambien de las cuentas. Su nombramiento (el de los síndicos) se publicará además por edictos, que se fijarán en los sitios de costumbre, é insertarán en los periódicos oficiales en que se hubiese insertado la convocatoria para su nombramiento. En estos edictos se

prevendrá que se haga entrega á los síndicos de cuanto corresponda al concursado.

Los síndicos tienen el carácter de unos verdaderos gestores ó administradores del concurso. Como administradores en el último día de cada mes (§550) presentarán un estado ó cuenta de administración que se unirá á la pieza primera y el juez dispondrá bajo su responsabilidad que las existencias en metálico que resulten, se depositen en la forma antes establecida.

También es de su obligación nombrar peritos para el avalúo de los bienes (§556).

Dar su consentimiento para la abreviacion de los términos de las subastas (§558).

Formar un estado de los créditos, (previo el exámen de los títulos presentados), que en su concepto deben ser reconocidos y otro de los que no deban serlo (§574).

Dar á los acreedores reconocidos un documento firmado por dichos síndicos con el visto bueno del juez: documento que debe expresar la importancia origen y reconocimiento del crédito (§584),

Comunicar á los acreedores cuyo crédito no haya sido reconocido la decision de la junta por medio de carta particular que el escribano pondrá por sí mismo en el correo. Se estenderá en la pieza segunda certificacion de haberse hecho y copia de la carta circular (§584). La ley no dice que se les devuelvan los títulos como el Código de comercio, pero si los piden no debe haber inconveniente en dárselos.

Será también obligacion de los síndicos sostener lo acordado por la mayoría aun cuando su voto haya sido contrario (§588.)

Hecho el pago de los créditos ó de la parte de ellos que los bienes del concurso alcanzaren á cubrir, los síndicos rendirán una cuenta general que estará de manifiesto en la escribanía durante 15 dias á disposicion del deudor y de todos los acreedores (§565).

Formar los cinco estados de que habla el art. 592, pieza segunda, y la nota que menciona el 595.

Formar la esposicion razonada sobre el juicio que formen del concurso y de sus causas (604).

Cesar en el ejercicio de sus funciones si su crédito no hubiese sido reconocido ó impugnaren el acuerdo de la junta, pues segun el art. 589 si el crédito de algun síndico no fuere reconocido,

cesará de hecho en el ejercicio de sus funciones, y lo mismo sucederá si impugnare en cualquier sentido alguno de los acuerdos de la junta. En uno y otro caso se procederá á su reemplazo en la forma establecida en los arts. 539 y siguientes.

Los emolumentos ó provechos que deben recibir los síndicos los puntualiza el art. 514, que dice así: Los síndicos tienen colectivamente derecho á la siguiente retribucion de sus servicios, que dividirán entre sí por iguales partes, si no hubieren convenido cosa en contrario.

Sobre la realizacion de cualesquiera efectos públicos, créditos ó derechos del concurso, medio por ciento.

Sobre el producto líquido de venta de alhajas, frutos, muebles ó semovientes, dos por ciento.

Sobre el producto líquido de venta de bienes raíces, uno por ciento.

Sobre los productos líquidos de la administracion que no procedan de las causas espresadas en los párrafos anteriores, cinco por ciento.

Si con motivo del desempeño de su encargo tuviesen que hacer algun viaje, se les abonarán los gastos que les ocasionen en virtud de providencia del juez y de mandamiento que se librará al efecto.

6.º — De los trámites sobre la aprobacion de la cuenta de los síndicos: consecuencias del pago íntegro ó parcial de los créditos.

Al referir la obligacion de los síndicos á presentar cuenta del pago total ó parcial de los créditos, se ha dicho que debía estar en la escribanía durante quince días. Nos parece este el lugar más á propósito para referir la tramitacion de la aprobacion de esta cuenta.

Trascurridos los 15 días sin hacerse oposicion (566) el juez aprobará la cuenta y mandará dar á los síndicos el oportuno finiquito.

Las reclamaciones (567) que se hicieren contra la cuenta se sustanciarán en via ordinaria con los síndicos. En este juicio los que sostengan una misma causa litigarán unidos y bajo la misma direccion.

Aprobada la cuenta de los síndicos (§68) ó rectificada en su caso, se hará entrega al deudor de los bienes que hubieren quedado despues de pagar los créditos, y de sus libros y papeles.

Si no hubieren sido pagados (§69) por entero los créditos, se conservarán en la escribanía los libros y papeles unidos á los autos á los efectos sucesivos: porque todavía pueden ser necesarios.

El resultado definitivo del concurso (§70) se notificará á los acreedores reconocidos por medio de cédula que se dejará en sus habitaciones respectivas, é insertará en los periódicos en que se haya publicado la declaracion del concurso.

En el auto en que se ordene (§71) la publicacion del resultado definitivo del concurso, se declarará la rehabilitacion del concursado sin necesidad de instancia suya ni de audiencia de ningun género, en el caso de haber sido pagados por entero los créditos, y de haberse declarado la inculpabilidad del mismo concursado.

7.º—*De la pieza primera: entrega de los bienes concursados á los síndicos: venta de bienes: adjudicacion.*

La ley, al dividir por piezas este juicio, tiene por necesidad que neurrir en repeticiones que nosotros tampoco podemos evitar. *La pieza primera (§11) se hallará siempre en la escribanía á disposicion de los acreedores que quieran reconocerla: porque segun hemos manifestado, es la pieza que contiene el origen del juicio, las medidas generales y los datos que deben tener conexion con las otras como acabamos de decir.*

Al hablar de los síndicos y recopilar todas sus obligaciones, hemos manifestado que eran unos administradores del concurso. El art. §49 lo confirma diciendo: *publicado el nombramiento de los síndicos se les hará entrega por inventario de los bienes, libros y papeles del concurso. El dinero que hubiere continuará depositado en el establecimiento destinado al efecto, á disposicion del juez que conozca del juicio: entregándose á los síndicos el resguardo ó resguardos del depósito bajo recibo, que se estenderá en esta pieza.* Vemos por este artículo que se les entrega todo lo que corresponde que tengan en su poder, pero no el dinero como tampoco se dejaba al depositario (§29): ni el precio de las ventas que se constituirá en depósito de la manera antes prevenida (§61): pe-

ro esto no se entiende de una manera absoluta, porque el juez (555) podrá dejar en poder de los sindicos la suma que se juzgue necesaria para los gastos del concurso, mandando en caso necesario extraerla del depósito.

En esta pieza (primera) se actuará todo lo relativo á la enagenacion de los bienes del concurso, á la cual se procederá inmediatamente, si la mayoría de los acreedores, computada del modo expresado en el art. 511, no acordare lo contrario. Por regla general la venta debe hacerse, y si los bienes fueren alhajas, frutos, semovientes, muebles ó raices, se hará en público remate: (555) y á la subasta precederá su avalúo por peritos, nombrados uno por los sindicos y otro por el deudor, y en caso de discordia un tercero por el juez. Para la eleccion del tercero se arreglará á lo prevenido en el art. 505 de esta ley (556).

Hecho el avalúo, se anunciará la subasta por edictos, que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los periódicos oficiales si los hubiere en el pueblo en que radique el juicio, y en que estuvieren situados los bienes, señalándose el dia, sitio y hora del remate. En el caso que el valor de alguno ó algunos bienes inmuebles lo requiera, se hará tambien el anuncio en la Gaceta de Madrid, porque hay fincas para cuya compra no hay capitales suficientes en la provincia. (556.)

Con el mismo objeto de aumentar el número de licitadores ordena el 557 que entre el anuncio de la subasta y el remate deberán mediar al menos 15 dias, si los bienes son alhajas, frutos, semovientes ó muebles, y 50 si raices: pero aun cuando no se dice cuantas veces deberán ponerse los anuncios en los periódicos, la prudencia aconseja que no se erlampen tan solo una vez, pues la repetición contribuye poderosamente á la publicidad.

La ley ha querido no estrechar á los sindicos en un círculo de hierro, considerando que no debe haber nada absoluto, y por eso (558) en casos urgentes y por circunstancias especiales, se podrán abreviar estos términos de consentimiento de los sindicos y oírse al deudor, á quien no puede menos de oírsele cuando se trata de sus intereses. Le conviene que sus bienes se vendan con toda estimacion. No se expresan ni los casos urgentes ni se especifican las circunstancias especiales; pero para facilitar la inteligencia de la ley, propoñemos algunos casos. Supongamos que en el pueblo

donde deba hacerse la subasta se celebra una feria, y que esta debe tener lugar antes de los quince y treinta dias. Al deudor y á los acreedores conviene que se aprovechen aquellos dias de concurso para la subasta. Puede haber un embarque de frutos, y no convendrá desaprovechar esta ocasion para vender. Lo mismo sucederá cuando se tema que se maleen, etc.

Pero no solo se les faculta la abreviacion de los plazos, sino que en las disposiciones del 559 se autoriza la venta por menor cantidad que la señalada ordinariamente en las subastas. *Sin el acuerdo de los síndicos (dice el 559) y del deudor, no se podrá admitir en las subastas postura inferior á las dos terceras partes del avalúo. Estando conformes será admitida: pero el juez convocará la junta de acreedores para que decida sobre su aprobacion lo que estime conveniente.*

Estas formalidades serán inútiles, ó lo que es lo mismo, esto no tendrá aplicacion, cuando los síndicos estuvieren autorizados por la junta de acreedores para admitir proposiciones inferiores á las dos terceras partes del avalúo, en cuyo caso su conformidad y la del deudor bastarán para que sean aprobadas. (559.)

Dedúcese de lo espuesto, que para admitir proposiciones inferiores á las dos terceras partes, se necesita autorizacion de la junta anterior ó posterior á la subasta, y además el consentimiento del deudor á quien la junta no puede perjudicar.

Habiendo tratado la ley del valúo y de la subasta, era preciso que tratase tambien del remate. *Hecho y aprobado este, (560) se procederá, en los casos que corresponda (que será cuando se trate de bienes sitios), á otorgar las oportunas escrituras en favor del rematante. Los síndicos suscribirán estas escrituras.*

Puede ocurrir que ni los síndicos ni el deudor entren en la idea de aprobar la subastas por menos de las dos terceras partes. Para este caso se halla escrito el art. 562 que dispone, *que si no hubiere postura admisible, se procederá á la retasa de los bienes en la forma establecida para el primer avalúo, y se repetirá la subasta en iguales términos que la anterior: si en esta subasta (565) no hubiere tampoco postura admisible, se convocará á junta de acreedores para que acuerden la manera en que los bienes hayan de adjudicarse. La adjudicacion se hará por las dos terceras partes del último avalúo (esta es, el de la retasa si la hubiere habido); á no*

convenir en otra cosa los acreedores y el deudor, que quizás podrán proponer algún otro medio de vender con ventaja. Nos resta advertir que, la venta de efectos públicos ó valores de otra cualquier clase se hará por medio de un agente ó corredor nombrado al efecto por el juez. (555)

Como es tan delicada la materia de intereses y todo lo que dice relacion á su manejo, se coloca sobre los síndicos la vigilancia judicial. *El juez, dice el art. 552, podrá, por sí ó á instancia de los acreedores ó del deudor, corregir cualquier abuso, adoptando cuantas medidas considere necesarias al efecto, inclusa la de suspender al síndico ó síndicos que puedan haberla cometido. En este último caso, convocará á junta de acreedores para que determinen lo que crean mas conveniente.*

8.º — Pieza segunda: Juntas de reconocimiento y graduacion. Tramitacion de las impugnaciones de sus acuerdos.

Puestos los síndicos (dice el art. 575) en posesion de los bienes y hecha la entrega de los mismos de los libros y papeles, se formará la pieza de reconocimiento y graduacion de créditos. Inexactamente se dice en el mismo artículo á ella se unirá testimonio literal del estado de las deudas presentado por el deudor, porque si este estado es su primera página no puede decirse que se unirá á ella, ó no ser que consideremos como pieza la carpeta. Mas natural y lógica hubiera sido otra redaccion, por ejemplo la siguiente: «Posesionados de su cargo los síndicos, con testimonio que se libraré del estado de débitos presentado por el deudor, se formará la pieza segunda en la que se comprendera todo lo relativo al reconocimiento y graduacion de créditos.» Formada que sea esta pieza (que tan poco debe costar formar) se dispondrá la convocacion de una junta general para el examen de los créditos.

Esta junta se convocará con sujecion á lo prevenido en los artículos 408 y 509 de esta ley; esto es, se hará una citacion á los acreedores en conformidad á los artículos 228 y siguientes y se hará además una publicacion en los periódicos. Vid. tomo I, página 461, id. II, pag. 124.

Entre la convocacion y la celebracion de la junta deberán mediar 30 dias, tiempo suficiente para que los acreedores puedan prepararse, ir personalmente ú otorgar poderes. Lo necesitan ade-

más los síndicos para sin desatender sus demás ocupaciones preparar los trabajos que han de presentarse á la junta y que han de servir de base á sus deliberaciones: por que los síndicos segun previene el art. 574, *formarán previo el exámen de los títulos (tres estados) uno comprensivo de todos los créditos, otro de los que en su opinion deben ser reconocidos, y otro de los que no deban serlo.* Estos dos últimos no deben ser meramente unos estados con guarismos sino que deben ir acompañados de observaciones. Vid. art. 1504., Cód. Com. núm. 4, art. 1075. Echamos de menos la comunicacion de estos estados al concursado.

El dia y hora señalado se celebrará la junta: *reunida bajo la presidencia del juez, con asistencia del escribano, se leerán los artículos de esta ley, relativos al reconocimiento de créditos y de la manera de impugnar los acuerdos hechos sobre él, y se dará cuenta de los estados á que se refieren el 574, los cuales se pondrán á discusion, partida por partida (575) sobre cada una (de ellas), deberá votarse, quedando reconocidos ó escludidos los créditos por mayoría que habrá de constituirse de la manera presijada en el art. 511. Si no llegasen á reunirse las mayorías de votos y cantidades, el juez, concluida la junta, llamará los autos á la vista y determinará lo que crea mas arreglado á derecho sobre el crédito á que se refiera la disidencia (576). Podrá acordarse en la junta dejar pendiente el reconocimiento de cualquier crédito que no se presente bastante justificado. En este caso el interesado completará su justificacion en el tiempo que trascurra hasta la junta en que se gradúen los créditos (577). Concluida la junta, se estenderá por el escribano una acta de lo que en ella haya ocurrido. Esta acta deberá firmarse por el juez, por el escribano, por los acreedores concurrentes, y por el deudor ó su representante si asistiere. (578). A los acreedores reconocidos se dará un documento firmado por los síndicos con el visto bueno del juez. Este documento espresará la importancia, origen y reconocimiento del crédito (584).*

Este es uno de los pasos mas interesantes del concurso, porque fija el número de los créditos, su importe y cuantía. De consiguiente á esta junta han debido concurrir todos los que han sido llamados y no les sea imposible comparecer. Cuando hablamos de la prueba vimos los diferentes términos que se conce-

dian segun las distancias (arts. 262, 263 y 264). Con estos artículos guardan relacion las disposiciones que vamos á citar. Terminada la junta, dice el art. 579, *los acreedores residentes en el territorio español de la Peninsula, en las posesiones españolas de Africa, ó en las islas Baleares, que hasta este momento no hayan comparecido en el juicio, se considerarán como morosos: explicando el 580 los efectos legales de la morosidad, que son:*

1.º *Que el que haya incurrido en ella costee el reconocimiento de su crédito, si lo solicita con posterioridad.*

2.º *Que pierda cualquiera prelación que pueda corresponderle.*

3.º *Que pierda la parte alicuota que pudiera haberle correspondido en cualesquiera dividendos hechos antes de su presentación, no teniendo derecho á participar mas que de los que se ejecuten en adelante: pero si entre la presentación y el reconocimiento (581) se repartiere algun dividendo, serán comprendidos en él, reteniendo en depósito las sumas que les correspondan. Estas sumas serán entregadas á los tenedores de los créditos si son reconocidos: si no lo fueren, acrecerán á la masa del concurso.*

Habida proporcion de las distancias se considera en posición mas favorable á los que se hallan mas lejos de la Península. En esta razon se halla fundado el art. 582 que dispone, que *los acreedores que residan en las islas Canarias, cualquiera que sea la forma en que hayan sido convocados, no incurrirán en morosidad hasta despues de celebrada la junta de graduacion: á los que en adelante se presentaren, se aplicarán las disposiciones de los dos artículos precedentes, esto es, de los 580 y 581.*

En situación mas favorable, pero no en la que debía corresponderles, coloca la ley á los acreedores que se hallan en países mas remotos. *Los acreedores residentes en las provincias de Ultramar (dice el art. 583), ó en cualesquiera otros países, no incurrirán en pena alguna, aun despues de celebrada la junta de graduacion. Si se presentaren en adelante, deberán ser reconocidos sus créditos, si son legítimos, y graduados por providencia que se diete, oyendo á los síndicos y al concursado en ramo separado: conservarán la preferencia que pueda corresponder á sus créditos y serán reintegrados en el lugar que se les señale. Pero en ningun caso se podrá obligar á los*

demás acreedores á que devuelvan lo que tuvieren recibido. Si fueren graduados sus créditos de comunes, se les igualará con todos los de la misma clase: y hecho esto, concurrirán á prorata con ellos á participar del haber del concurso que esté aun por dividir.

Ya hemos indicado que las disposiciones que contenia este artículo no nos parecian todo lo equitativas que debian ser. Seguramente es una ventaja esperar á los acreedores de Ultramar aun despues de la junta de graduacion, pero como entre tanto continúan los repartos y no se obliga á la devolucion, es muy fácil que cuando comparezcan ya nada tengan que recibir. Vamos á la demostracion. Declarado el concurso (558) se convoca por edictos con término de 20 dias á los acreedores: pasados, á junta para la eleccion de síndicos: el término es tambien de 20 dias. Tenemos 40 dias, y aunque por los que pasarán de una diligencia á otra pongamos 10, nunca tendremos mas de 50. Para concurrir á la junta de reconocimiento se conceden 50 dias: 15 para la impugnacion, y se convocará para la junta de graduacion con término de 15. Sumados todos solo componen 110 y aunqueañadamos 10 mas, nunca resultan mas que cerca de cuatro meses, tiempo insuficiente para que la noticia del concurso vaya á ciertos puntos de Ultramar y sobre todo á Filipinas, y puedan remitirse poderes á tiempo; de manera que en la realidad se puede despojar muy fácil é impunemente á un acreedor de Ultramar. ¿Cuánto mas justo seria que se conservase en depósito su haber durante un término competente, y que no compareciendo se distribuyese entre los demás? Si un crédito lo reconoce el concursado en la relacion que presenta ¿por qué no debia guardarse esta atencion al acreedor?

Compuestas las juntas de interesados en disminuir el número de créditos, podrian cometer los mayores excesos si fuesen irresponsables ó cuando menos si sus determinaciones no pudiesen tener enmienda; lo mismo sucederia con el juez si por la impresion de un momento pudiera decidir irrevocablemente sobre los créditos. A evitar estos inconvenientes tiende el art. 585 que establece que *los acuerdos de estas juntas* (la de reconocimiento celebrada con respecto á los acreedores que primero comparecieron y los que acudieron despues), *y las determinaciones que el juez dictare en los casos en que no se reúnan las dos mayorías*, pueden ser impugnados dentro de quince dias (contados desde el dia en que

se celebró la junta si asistieron á ella, ó desde que el escribano puso la carta en el correo) por los concurrentes á ellas, ó por los que hayan discutido del voto de la mayoría y protestado en el acto que les quede su derecho á salvo para hacerlo. Pasados los 15 días (§86) sin que haya impugnacion, quedan firmes los acuerdos, ó determinaciones del juez en su caso, y no se dará curso á ninguna reclamacion contra ellos.

9.º—Tramitacion de las impugnaciones de los acuerdos de las juntas de reconocimiento.

Señalado el término para la impugnacion, era necesario establecer la tramitacion que debia observarse, lo cual determina el art. 587, disponiendo que sobre cada una de las impugnaciones se formará ramo separado, que se sustanciará con los síndicos en via ordinaria. El deudor puede ser parte (§90) en los ramos separados que se formen. Si sostuviere lo acordado litigará en union con los síndicos: si lo impugare, en union con el acreedor que lo haya hecho, y en ambos casos bajo la misma direccion.

Por un medio tan pronto cual es el de de la celebracion de una junta, ilustrada con el dictámen de los síndicos se llega á esclarecer la legitimidad de los créditos; á fijar su importe, ó lo que es lo mismo, á saber el verdadero estado del pasivo del concurso. Cualquiera, por poco que medite, conocerá las ventajas que lleva este método, tomado del Código de comercio á la formacion de aquellos autos inmensos y eternos en que á puro de escritos se llegaba á una sentencia de graduacion apelable. Ahora con la junta de reconocimiento se sabe los créditos que han de tenerse por legítimos: para establecer su preferencia se reúnen otra vez los acreedores celebrando la

10. —Junta de graduacion.

Pasados los 15 días (§91) señalados para la impugnacion de los acuerdos de las juntas de reconocimiento, se convocará otra de los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos para su graduacion. Esta citacion se hará por cédula; porque ya se sabe quienes son los que han de ser convocados. Se anunciarán ade-

más el día, hora y sitio en que la junta deba verificarse en los periódicos oficiales ó de avisos si los hubiere, y cuando el juez lo considere conveniente, en la Gaceta de Madrid. (Necesario debe ser cuando haya acreedores que estén en país extranjero.) Entre la citacion y la celebracion de la junta deberan mediar quince días.

Esta junta necesita tambien ilustracion para obrar con el debido conocimiento, y esta ilustracion deben proporcionársela los síndicos, que son los brazos y los ojos del concurso. Los síndicos, dice el art. 592, dentro de los 30 días mencionados, (esto es, á los 15 que se dejan correr para la impugnacion, y los otros 15 que se señalan para la convocacion de la junta de graduacion) formarán cinco estados (ó lo que es lo mismo, distribuirán los créditos en cinco clases) que comprenderán: 3

El primero, (estado) los acreedores por trabajo personal y por alimentos. (En esta clase entran los criados, los jornaleros, etc.)

Advierte la ley que si se tratare de un ab-intestato ó testamentaria concursada, se colocarán en este lugar y tendrán derecho preferente á cualquiera otro, los acreedores por los gastos del funeral proporcionados á la fortuna (no los excesivos, hijos de la vanidad y del lujo), y por los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad y formacion del inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaria ó ab-intestato, porque el entierro de los muertos es una necesidad, y las diligencias preventivas han sido la base del concurso. Con ellas se han asegurado los bienes que han cedido despues en provecho de los acreedores. En Aragon el que promovia el juicio de aprehension y no lo utilizaba para sí, quedando en provecho de otro litigante que tenia mejor derecho, era indemnizado de las costas que se llamaban gastos de pasar la mesa, aludiendo metafóricamente á que la habia puesto para que otro comiese.

El 2.º estado (comprenderá) los hipotecarios legales, segun el orden establecido por derecho.

El 3.º los que lo sean por contrato, segun su antigüedad. Y qué no puede haber contratos que resulten de escritura? Una division que se confunde con otra no puede considerarse perfecta.

El 4.º los escriturarios.

El 5.º los comunes.

Creemos escusado decir que dentro de cada clase puede haber preferencia, porque entre los acreedores personales ó por alimentos, puede haber algunos que la tengan superior, y lo mismo en las demás categorías.

El órden que establece este artículo entre los acreedores, es una novedad: no guarda conformidad ni con nuestras antiguas leyes ni con el proyecto del Código civil. ¿Se debe suponer que una ley de procedimientos ha variado el sistema de preferencia de los acreedores sancionado por la ley, ó que se ha limitado á la simple clasificacion de los acreedores en grupos? Seguramente que lo primero no puede sancionarse, pues aunque la nueva ley de procedimientos ha hecho invasiones frecuentes é importantes en el derecho civil, esta no se halla ni suficientemente explicita ni demostrada. El señor La Rúa, al comentar este artículo, dice lo siguiente: «Queda, pues, sentado que la *Ley de Enjuiciamiento* se ha separado de la jurisprudencia establecida y observada hasta nuestros dias, en cuanto á la colocacion de los acreedores personales en diferentes grupos para el exámen de la legitimidad de sus créditos. Pero esta diferente clasificacion establecida en el art. 592 no tiene otro objeto que el de hacer mas fácil á la comprension de los acreedores la clase de los créditos de que se trate para su resolucion, sin prejuzgar nada absolutamente respecto á la prelacion que las leyes antiguas habian establecido.»

Estamos conformes: semejante innovacion no podríamos admitirla. Pero si así es ¿por qué ne se ha dicho? ¿Por qué se ha sembrado esta duda? ¿Por qué se ha espuesto á los que concurren á una junta de graduacion á que á virtud de este artículo hagan una clasificacion ilegal? La junta de graduacion nos parece incompetente para decidir puntos tan delicados, bien que el agraviado tiene recurso al juez; pero la habilidad del legislador consiste en evitar á los interesados esta dolorosa necesidad.

Parecerá extraño que no se hable de los acreedores con dominio; pero esta sorpresa cesará al leer el art. 595, que dice así: *Por separado formarán nota de los bienes de cualquiera clase que el concursado tuviere en su poder correspondientes á terceras personas, con espresion de las nombres de sus dueños. Si los dueños se hubieren presentado reclamándolos, se les entregarán,*

conviniendo en ello los síndicos y el concurso. Si alguno no conviniere, se sustanciará la reclamacion en ramo separado y via ordinaria. ¿En qué se funda el que para graduar un crédito se necesite el acuerdo de la junta, y para declarar el dominio de una cosa baste la conformidad de los síndicos y concursado? No hallamos otra razon sino la de que en este último caso, el dominio debe acreditarse con documentos y pruebas que no ofrezcan duda.

Con los elementos que preparen los síndicos podrá entrarse á deliberar menos mal, y mas si los síndicos para emitir un dictámen que se roza tanto con el derecho han consultado con letrados, para lo cual no encontramos prohibicion alguna en la ley. Esta pasa á señalar el método que debe seguirse en la discusion. Reunida la junta en el dia señalado (§94), bajo la presidencia del juez y con asistencia del escribano, se principiará por la lectura de todos los artículos de esta ley, relativos á la graduacion de créditos y á la impugnacion de los acuerdos de los acreedores respecto á este punto.

Como puede por la dificultad que ofrezcan ciertos créditos no haber sido reconocidos todavía y haber comparecido tambien despues de la junta de reconocimiento algunos acreedores, se ordena que se pasará á deliberar sobre el reconocimiento de los créditos que haya podido quedar pendiente, respecto á cuya justificacion, deberán los síndicos presentar dictámen por escrito.

Se dará despues cuenta de los estados de graduacion y se pondrán á discusion los créditos que comprendan.

Terminada esta discusion, se someterá á votacion el dictámen de los síndicos respecto á cada credito, quedando aprobado lo que determinaren las mayorias de votos y cantidades combinadas en la forma establecida en el art. §14; pero si no se reunieren las dos mayorias, llamará el juez los autos á la vista y determinará lo que crea conforme á derecho sobre el crédito que haya dado lugar á la disidencia (§95), segun se dispuso para otro caso semejante en el art. §76.

11. — Impugnacion de los acuerdos de las juntas de graduacion.

Los acuerdos de estas juntas (§96), como igualmente las determinaciones que los jueces dictaren, en que no se reunieren las dos

mayorías, pueden ser impugnados dentro de ocho días desde su fecha por los acreedores reconocidos no concurrentes á las mismas juntas, ó que hubieren disentido del voto de la mayoría y reservado su derecho para impugnarlo. Pasados los ocho días (597) no se dará curso á ninguna impugnacion contra los acuerdos de la junta ó decisiones del juez.

Sobre cada una de las impugnaciones (598) se formará ramo separado, si son diferentes los créditos impugnados. Se sustanciarán en via ordinaria, y los síndicos deberán sostener el acuerdo de la junta: pero si un mismo acreedor (599) impugnare varios acuerdos, ó varios acreedores un mismo acuerdo, se sustanciarán todas estas oposiciones en un mismo ramo, y siempre con los síndicos, Debe tenerse presente que el acreedor cuyo crédito sea objeto de la impugnacion (600), puede, en union de los síndicos y bajo una misma direccion, sostener lo acordado respecto á él, porque se halla interesado en esta contienda, y sus esfuerzos no deben considerarse inútiles, pero en estos ramos separados no será el deudor admitido como parte, porque estando reconocido ya el crédito, debe serle hasta cierto punto indiferente que se gradúe en uno ó en otro lugar. Esta es á nuestro juicio la razon por la que no se le oye en esta impugnacion, y si en la relativa al reconocimiento. Véase el art. 590.)

Pasados los ocho días, (602) señalados para la impugnacion de los acuerdos de las juntas de graduacion sin haber sido impugnados, quedan, sin necesidad de declaracion alguna, convertidos en una ejecutoria, y por ello, se procederá al pago de los créditos por el órden establecido, espidiendo los oportunos mandamientos contra el depositario de los fondos para que se verifique. Al entregar estos mandamientos al acreedor se le recojerá el documento de reconocimiento que se le facilitára por los síndicos, el cual, con los títulos que haya presentado de su crédito, se unirá á esta pieza (la 2.ª) estendiéndose nota espresiva de quedar cancelado á consecuencia del pago mandado hacer.

Si el pago se abre desde el momento en que no hay impugnacion, es claro que no deberá tener lugar cuando la hubiere. La disposicion del artículo 605, es muy razonable. Si hubiere impugnacion á alguna ó algunas graduaciones, se retendrá el importe de los créditos á que se refieran hasta que recaiga sobre ellas ejecu-

toria: y las sumas retenidas se aplicarán, según su resultado, ó bien á los que han reclamado, ó sea á la masa, ó á los que sostuvieron la decision de la junta.

42.—Pieza tercera.—Calificacion del concurso.

Al principio de nuestras esplicaciones en esta materia, dijimos que en esta ley se habia tomado mucho de la de Enjuiciamiento mercantil y Código de comercio. En este se halla un título consagrado á la calificacion de la quiebra, y en la nueva Ley todo lo que dice relacion á la pieza tercera puede considerarse en la misma categoría. Era indispensable que no se omitiese el exámen de este punto cuando teníamos ya un Código penal que en el cap. IV del libro II, tit. XIV, colocó en el número de los delitos las defraudaciones, y en el art. 448 estableció penas contra el deudor no dedicado al comercio que se constiruyese en insolvencia por ocultacion ó enagenacion maliciosa de sus bienes, comprendiendo además desde los arts. 449 hasta el 459 inclusive las estafas y otros engaños.

Sumamente razonable era por lo tanto que cuando se veia un concurso se tratase de examinar si se habia cometido algun delito por el que aparecia sin recursos para cubrir sus obligaciones.

Este exámen, esta investigacion concienzuda se comete á los síndicos desde que principian á ejercer su cargo, como lo demuestra el art. 604, que dice así: *Hecho el nombramiento de los síndicos, se les entregará la pieza primera de los autos donde se hallen la relacion, estado y memorias presentado por el deudor para que dentro de treinta dias, y previo el exámen de sus libros y papeles, manifiesten en esposicion razonada y documentada el juicio que han formado del concurso y de sus causas.*

Este trabajo de los síndicos va á dar origen á una nueva pieza que se sustanciará independientemente de las otras, como lo demuestra el art. 605, en el que se determina, *que con testimonio literal de la relacion, estado y memoria presentados por el deudor, y la esposicion razonada de los síndicos original, se formará la pieza tercera; y acumulada á ella provisionalmente la primera, se pasará todo al promotor fiscal del juzgado para que si encontrase algun delito ó falta los persiga con arreglo á las leyes.*

Las operaciones de un hombre que ha perjudicado á otros deben sujetarse á exámen, pero aunque este lo hagan los síndicos, como son interesados y parciales, su opinion se somete á la censura del promotor, que es el representante de la ley y á quien se supone ageno de interés y de pasiones.

La ley en los artículos siguientes establece lo que debe ejecutarse en las diferentes hipótesis que establece. *Si el dictámen del promotor fiscal (606) fuere conforme al de los síndicos y favorable al concursado, el juez mandará traer los autos á la vista, y podrá, si así lo estima, declarar la inculpabilidad del concursado, ó adoptar si lo cree culpable, las determinaciones que estime convenientes á la administracion de justicia: podrá acordar ciertos medios de investigacion á fin de aclarar algunos puntos ó hechos: podrá acordar la formacion de causa; pero de aqui no podrá pasar, porque segun previene el art. 610, no se podrá imponer ninguna pena al concursado sin oirlo en forma: y desde el momento que estime el juez haber lugar á proceder contra él por cualquier clase de delito ó falta, se acomodará la instanciacion de esta pieza al órden de proceder establecido para el juicio criminal.*

Todavía se ha hecho mas en beneficio del deudor: *Si el dictámen del promotor (dice el art. 607) fuere diverso del de los síndicos y favorable al concursado, se dará audiencia a este, y con vista de todo, el juez procederá en los términos espresados en el art. 606.* Cuando hay conformidad favorable al concursado entre los síndicos y el promotor fiscal, son menores las precauciones; pero cuando los síndicos le acusan y el promotor fiscal no halla mérito para acusarle, todavía la ley le concede audiencia para que pueda desvanecer los cargos que aquellos le hacen: todavía la ley presenta otra hipótesis, y es la que comprende el art. 608, á saber la de *si el dictámen del promotor fuere contrario al concursado, sea conforme ó distinto de el de los síndicos, y entonces se procederá con arreglo á derecho y segun la índole del delito ó falta que se encontrare.* Hay una razon para que se de tanto peso y valor á la opinion del promotor, y es, que siendo el que representa la sociedad, su dictámen es digno de la mayor consideracion.

Sin embargo de que los síndicos tienen la representacion de la masa, todos los acreedores (609) tienen derecho á personarse en

esta pieza y perseguir al concursado: si alguno ó algunos lo hicieren y sus gestiones tuvieran igual objeto que las de los síndicos, deberán litigar unidos y bajo una misma dirección. Si fuere distinto el objeto de sus gestiones, litigarán separados. Como esta comparecencia tiene por objeto evitar que quede impune un delito, no debe extrañarse que la ley haya abierto la mano y que conceda tanta amplitud, amplitud; limitada hasta cierto punto por la necesidad de ejecutar los acreedores que reclamen desembolsos para formalizar estas gestiones, que deberán costear á sus espensas.

15.—*Del convenio.*

La ley no podía olvidarlo en sus disposiciones: si abre para casi todos los negocios las puertas de la conciliación, no podía sino dejarlas de par en par en un juicio, que continuado por todos sus trámites debe por necesidad producir la ruina de una familia. Testimonio de esta verdad es el art. 611 que establece como un axioma que *en cualquiera estado del concurso pueden hacer los acreedores y el concursado los convenios que estimen oportunos.* En beneficio de la concordia se le priva al juez de toda resistencia, pues como dice el art. 612, *el juez accederá á toda solicitud que se le dirija por el deudor ó por cualquier acreedor para convocación á junta que tenga por objeto el convenio, siempre que el que la dedujere pague los gastos á que dé lugar.* Una escepcion hay, sin embargo. Cuando en la pieza 3.^a se haya pedido (614) por los síndicos, por el promotor ó por cualquier acreedor, que se declare fraudulento el concurso, no podrá hacer el deudor convenio ninguno con sus acreedores hasta que haya recaído ejecutoria desestimando dicha calificación. Esta escepcion es justa, pues sería otorgar un premio al fraude, autorizar un convenio que proporcionase ganancia y provechos á la mala fé.

La convocación de junta para tratar de convenio (615) lleva consigo la suspensión del juicio de concurso hasta que se delibere y acuerde sobre las proposiciones presentadas. Este paso es un verdadero armisticio, y durante él no deben continuar las hostilidades: sería chocante tratar de arreglo y al mismo tiempo ven-

der los bienes ó dar otros pasos que ocasionasen gastos y que variasen la situacion de las cosas, que se tuvo presente sin duda para hacer las proposiciones.

Despues de esplicados estos preliminares, pasa la ley á tratar de cómo ha de reunirse la junta, y la forma en que debe celebrarse. *La convocacion de la junta (615) se hará por cédulas, que se dirigirán á los acreedores reconocidos, si tal fuere el estado del concurso, y por edictos que se fijarán en el sitio público, é insertarán en los periódicos oficiales y de avisos del pueblo si lo hubiere en la provincia, y si el juez lo creyere conveniente, en la Gaceta de Madrid. En estas cédulas y anuncios se hará espresion del objeto de la junta, (requisito indispensable siempre, y mas en este caso extraordinario), y señalará el dia, hora y sitio en que haya de celebrarse. Se advierte así mismo que entre la convocatoria y la celebracion de la junta deben mediar á lo menos 15 dias: pero el juez podrá ampliar este término hasta 50, si las circunstancias del concurso lo exigieren. Como que las juntas llevan consigo gastos y molestias, establece muy oportunamente el art. 617, que si la proposicion del convenio se hiciere antes de celebrarse la junta de exámen y reconocimiento de créditos, se dará cuenta de ella á la misma junta, sin necesidad de convocar ninguna otra. Principiarase por el reconocimiento de los créditos, y despues solo decidirán en esta junta sobre la admision ó desestimacion de las proposiciones de convenio los acreedores, cuyos créditos sean en ella reconocidos (618).*

Pasando á tratar la ley en su art. 619 del modo de votar, repite lo tantas veces dicho, que la mayoría que haya de decidir sobre el convenio se constituirá en la forma prevenida en el artículo 511: haciendo el siguiente, 620. una advertencia interesante, y es la de que *no podrá tomar parte la mujer del concursado en la junta en que se trate del convenio: pero no debe entenderse esta proposicion tan materialmente que no pueda la mujer ó su representante comparecer á ofrecer garantías para el pago ó á renunciar de sus derechos para que con este aliciente los acreedores acepten las proposiciones.*

Al examinar el artículo 595 manifestamos que en él se hallaban comprendidos los acreedores con dominio; el art. 621 habla tambien de ellos determinando que los dueños de cualesquiera bie-

nes que tenga en su poder el concursado y los acreedores que con arreglo á lo que queda determinado deban ser comprendidos en los estados 1.º, 2.º y 3.º de que habla el art. 592, no quedan ligados á lo convenido entre el deudor y sus otros acreedores, si se abstienen de tomar parte en la votacion. Si no se abstienen quedan sujetos como todos los demás. Estas disposiciones no son mas que una reproduccion de lo establecido en los artículos del Código de comercio.

Las formalidades que deben observarse en estas juntas de son las mismas que las que se exigen en las de reconocimiento, segun puede verse por la lectura del artículo 622 que dice asi: *Las juntas en que se trate de convenio se celebrarán bajo la presidencia del juez y con asistencia del escribano. Principiarán por la lectura de todas las disposiciones de esta ley relativas al convenio entre el deudor y sus acreedores, y se dará despues cuenta de todos los antecedentes del concurso y de su estado, con inclusion del que tenga la pieza 5.ª* (que es la relativa á la calificacion del concurso). *Se pondrán á sequida en discucion y votarán nominalmente las proposiciones que se hubieren presentado. Hecha la votacion, se estenderá un acta que firmarán todos los concurrentes.*

De la votacion pueden resultar diferentes efectos segun sea la resolucion adoptada. Si las proposiciones (625) fueren desestimadas continuará el concurso. Contra esta determinacion no se concede recurso alguno ni habrá fundamento para concederlo, porque siendo el convenio una cosa de todo punto voluntaria, negándolo no causan ningun agravio los acreedores, y por lo tanto los deudores no pueden reclamar en un asunto que es puramente de gracia y no de justicia. Tambien si fuere estimada y se declararen la nulidad ó ineficacia del convenio, continuará su marcha el juicio de concurso. (631.)

Pero si las proposiciones fueren aprobadas (624) se publicarán por edictos que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los diarios del pueblo, si los hubiere, ó en el Boletín de la provincia ó en la Gaceta de Madrid, si en ella se hubiere publicado la convocatoria. Tambien se comunicará por circular de los síndicos, de que quedará copia en los autos á todos los acreedores reconocidos, que no hayan concurrido á la junta. El objeto de esta

publicacion es que llegue á noticia de todos los acreedores que no han concurrido á la junta, para que puedan usar de su derecho adhiriéndose ó impugnando el convenio, cuyo objeto lo revela el art. 625 disponiendo que *dentro de los 20 dias siguientes al de la fecha de los edictos, podrá ser impugnada la decision de la junta por los acreedores reconocidos ó que tengan reclamacion pendiente para su reconocimiento que no hayan concurrido, ó por los que concurriendo se hubiesen separado del voto de la mayoría y protestado que les quedará su derecho á salvo. Pasado el término (626) referido, no podrá ser impugnada la decision por ningun acreedor residente en el territorio de la Peninsula, en las posesiones españolas de Africa ó en las islas Baleares. Los que residieren en las islas Canarias que no hayan estado presentes en la junta, podrán impugnarla dentro de los 40 dias contados desde la fecha en que hayan sido publicadas las proposiciones del convenio. A los que residieren en las posesiones españolas de Ultramar ó en paises extranjeros, que no hayan estado presentes en la junta, queda completamente á salvo su derecho é íntegro contra el deudor, no obstante el convenio.*

Pasados (627) los 20 ó 40 dias respectivamente sin haber formulado oposicion, se mandará á instancia de parte legitima llevar á efecto lo convenido.

La ley habla de la impugnacion en cuanto al fondo, en cuanto á la forma y de sus consecuencias. Al fondo se refiere el artículo 628 declarando que *las únicas causas por las que puede impugnarse el acuerdo de las juntas convocadas para tratar de convenio, son las señaladas en el art. 515 respecto á los acuerdos de quita ó espera.*

Las disposiciones relativas á la forma, son las siguientes. La impugnacion del convenio (629), se sustanciará con el deudor con las modificaciones espresadas en el art. 554, y litigando unidos y bajo una misma direccion los que sostengan las mismas pretensiones. Los incidentes (651), que ocurran en el juicio de concurso necesario, se sustanciarán en la misma forma que los que tienen lugar en el juicio ordinario.

Las consecuencias del juicio de impugnacion caso de ser estimada ya quedan esplicadas. Si fuere desestimada (650) por ejecutoria, se procederá á llevar á efecto el convenio. Este surtirá

efecto cuando se dejasen pasar los términos sin impugnarlo, ó si habiendo impugnacion fuere desestimada.

14.—*De los alimentos.*

Hemos dicho repetidas veces que las disposiciones de esta ley en cuanto al concurso se hallan calcadas sobre el Código de comercio. El art. 1098 y 1146 de este hablan de la cuota alimenticia que puede asignarse al quebrado que haya cumplido las disposiciones de los artículos 1017 y 1018, esto es, que hubiere manifestado su estado de quiebra dentro de los tres dias siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones etc., y hubiere presentado el balance y memoria. El Código no trata si no de atender á una necesidad urgente; privando tan solo del beneficio á los alzados, desentendiéndose de examinar si los bienes alcanzan ó no para el pago de los créditos.

La ley que es objeto de nuestro estudio se despliega con mas severidad. *Si el concursado, dice el art. 652, reclamare alimentos, el juez, atendidas las circunstancias, señalará los que crea necesarios, solo en el caso de que á su juicio asciendan á mas los bienes que las deudas.* El artículo siguiente presta una grande amplitud al juez para formar este juicio como espondremos en seguida. *La providencia concediendo ó negando alimentos solo tendrá el carácter de interina y será inapelable.* No solo se funda esta determinacion en las reglas generales de derecho sobre alimentos, si no en que se concede otro medio muy pronto y seria ridiculo y embarazoso multiplicarlos. *Del señalamiento (653) hecho interinamente por el juez, se dará cuenta en la primera junta de acreedores que se celebre, la cual aprobará, modificará ó suprimirá los alimentos atendiendo á las circunstancias y necesidades del concursado.* Infiérese de estas palabras que el deudor podrá recurrir á la junta pidiendo aumento, pues no es de creer que la junta oficiosamente se los aumente sin mediar su peticion. Tambien si se le hubiesen negado por el juez podrá pedirlos en la junta. *Pero no podrá dejar (continúa el art. 653) de concederlos (esta) cuando no aparezca claramente que los bienes no bastan á satisfacer las deudas:* de suerte que por esta parte del artículo la balanza se inclina á favor del deudor, como que la presuncion es-

tará á su favor, siendo necesario que conste que los bienes no bastan para satisfacer las deudas, en la duda, ó mas bien cuando esto no conste, los alimentos se concederán.

La ley despues de establecer las reglas generales insinuadas, procede á señalar la tramitacion. *Contra el acuerdo de la junta concediendo ó negando alimentos (634) se oirá en juicio ordinario al deudor y á los acreedores que quieran impugnarlo, si deducen su accion dentro de los ocho dias despues del acuerdo. No podrán hacer esta impugnacion los concurrentes á la junta, á no ser que hayan votado contra el acuerdo de las mayorías y protestado que les quede su derecho á salvo. El deudor y los que lo apoyen tendrán un solo procurador y una misma direccion en el juicio. Esto es aplicable á los que lo impugnen en un mismo sentido.*

Todavía se hace una declaracion interesante y de aplicacion inmediata. *Mientras está pendiente el juicio de alimentos (635) no los tendrá el concursado si el juez y la junta de acreedores hubieren estado conformes en negarlos: si el juez ó la junta los hubieren concedido, los percibirá, y si hubiera diferencia entre la cantidad fijada por aquel y por esta, se estará por la que la junta hubiere designado. Nada se nos ofrece decir sobre estas últimas disposiciones tan conformes con los principios de derecho.*

3.1—Rehabilitacion del concursado.

En el Código de comercio, en el libro 40, que comprende las quiebras, hay un titulo, que es el XI, que trata de la rehabilitacion, desde el artículo 1463 en adelante. Si el mundo no habia de equipararse á un infierno con eternidad de penas, preciso era que se permitiese al concurso reintegrarse en sus derechos. Cinco clases de quiebras distingue el art. 1402: 1.ª suspension de pagos: 2.ª insolvencia fortuita: 3.ª insolvencia culpable: 4.ª insolvencia fraudulenta: 5.ª alzamiento. El art. 1470 excluye de la rehabilitacion á los alzados y quebrados calificados de fraudulentos. Los quebrados de primera y segunda clase obtendrán la rehabilitacion sin mas que el cumplimiento del convenio si lo hubo, ó haber satisfecho íntegramente sus deudas. Los de tercera, ó quebrados culpables (1474), deben acreditar el pago íntegro de todas las deudas liquidadas y el cumplimiento de la pena correccional que se les

hubiere impuesto. Segun se infiere, esta rehabilitacion debe obtenerse á peticion suya; pero en la nueva Ley (art. 571), sin necesidad de instancia del concursado, ni de audiencia de ningun género, se acordará la rehabilitacion, en el caso de haber sido pagados por entero los créditos y de haberse declarado la inculpabilidad del mismo concursado. Se supone de justicia en tales casos esta declaracion: de otra suerte no la hará de oficio el juzgado; pero el deudor, si no se hiciese, podrá reclamarla, usando de los recursos que el Código de comercio concede á los quebrados para obtener este beneficio.

Razon del método.

Despues de colocar al frente de los juicios universales el concurso, que es el juicio universal por escelencia, nos ha parecido colocar en seguida el de ab-intestato. Lo natural es tratar primero de un juicio sencillo que la muerte intestada de un individuo ocasiona, pasando inmediatamente á tratar del de testamentaria, en el que ya hay mas complicacion. Nos hemos fundado tambien en que el art. 503 hace referencia para la testamentaria al juicio de ab-intestato: era, pues, necesario que segun un buen método precediesen estas nociones.

CAPITULO XV.

Del juicio ab-intestato.

Este juicio tiene dos objetos, impedir el extravio de los bienes del difunto: entregarlos al que tenga mejor derecho.

La ley impone estrechos deberes al juez dirigidos á la consecucion de dichos objetos. *El juez, dice el art. 336, que tuviere conocimiento de la muerte de alguno sin testar y sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, procederá á ocupar sus bienes, libros y papeles. En los pueblos (557) donde no hubiere juez de 1.ª instancia, practicará las diligencias*

prescritas en los artículos anteriores el juez de paz. Si no fuere letrado, lo hará con acuerdo de asesor.

Para poner á salvo los bienes están habilitados los jueces del pueblo en que ocurra la muerte: pero el juez competente (354) para conocer del juicio de ab-intestato es el del domicilio que tuviere el difunto; y si le tenia en el extranjero, el de su último domicilio en España, ó donde esté la mayor parte de sus bienes.

Para que á pretesto de esta declaracion no se demoren diligencias urgentes, previene el art. 355 que la competencia del juez del domicilio se entiende sin perjuicio de que el juez del lugar del fallecimiento adopte las medidas necesarias para el enterramiento del difunto y la seguridad de los bienes que allí tuviere. Cada juez en su respectiva jurisdiccion deberá adoptar las medidas conducentes á la seguridad de los bienes existentes en ella. Asegurados los bienes y dispuesto y ejecutado el enterramiento, dejarán todos los jueces espedita la jurisdiccion al que conozca ó deba conocer del ab-intestato, remitiéndole al efecto las diligencias que hayan practicado.

Del cotejo de estos artículos se desprenden dos consideraciones: 1.^a que para poner en cobro los bienes del difunto y para atender á su enterramiento, cualquiera juez tiene aptitud y competencia: 2.^a, que hay otra competencia para la continuacion del juicio y esta corresponde al juez del domicilio del difunto.

Los resultados de la competencia del juez son muy trascendentales. El juez del ab-intestato será el único competente (380) para conocer de las demandas que se deduzcan contra los herederos del difunto ó sus bienes, despues de prevenido el juicio; porque siendo el de ab-intestato universal, la acumulacion procede.

Lo será tambien (381) para conocer de todas las demandas ejecutivas ú ordinarias por accion personal pendientes en 1.^a instancia contra el difunto (si estuvieren en 2.^a ya no tendrá lugar la acumulacion porque ya no seria posible): los autos en que se sigan se acumularán á los del juicio universal.

Se exceptúan los pleitos en que se haya ejercitado una accion real, los cuales continuarán en el juzgado en que se hubieren promovido, si fuere el del lugar en que esté sita la cosa inmueble, ó del en que se hubiere hallado la mueble sobre que se litigue (382). No hallamos otra razon para este mandato que un respeto nimio á las

disposiciones del art. 5.º, que en nuestro concepto no debía impedir la acumulacion en el caso de un juicio universal. Sin embargo, como estos pleitos por voluntad de las partes podrian haberse intentado ante un juez que no fuese competente, sino por la voluntad de aquellas, se previene en el art. 385, que cuando los pleitos de que habla el artículo anterior (382) no se sigan en los juzgados que en el mismo se espresan, (en el de la cosa sita), deberán remitirse al que conozca del ab-intestato para su acumulacion.

1.º— *Circunstancias que deben mediar para prevenir el juicio de testamentaria, diligencias preliminares y demás medidas indispensables.*

Para que pueda prevenirse el juicio de ab-intestato se necesita: 1.º Que no conste la existencia de disposicion testamentaria, porque si existiese seria un contrasentido incohar el juicio de ab-intestato: 2.º Que no deje el finca lo descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado 351; porque parientes tan próximos son herederos forzosos é indisputables y su proximidad hace innecesarias las citaciones y rodeos de un juicio de ab-intestato. Por eso el art. 352 previene, que existiendo parientes de los espresados en el artículo anterior, que estén ausentes, se limitará el juez á adoptar las medidas mas indispensables para el enterramiento del difunto y la seguridad de los bienes, y á dar á los parientes el oportuno aviso de la muerte de la persona á cuya sucesion se les crea llamados. Compareciendo los parientes cesará la intervencion judicial en el ab-intestato, á no ser que alguno ó algunos de los interesados la solicitare. El juez (353) proveerá de tutor ó curador, si no lo tuvieren, á los parientes que fueren menores ó incapacitados y hasta que estén discernidos estos cargos adoptará las medidas establecidas en el artículo anterior.

En confirmacion de que los jueces deben procurar á toda costa practicar las diligencias indispensables para la conservacion de los bienes y averiguacion de si existe ó no disposicion testamentaria, no hay mas que leer el art. 358 que contiene la enumeracion de estos deberes. Dice así: *el juez de 1.ª instancia y el de paz en su caso, practicarán las diligencias establecidas en los artículos preecüentes, adoptarán las medidas que estimen mas conducentes*

para averiguar si la persona de cuya sucesion se trata, ha muerto con disposicion testamentaria ó sin ella, recibiendo, á falta de otros medios, informacion en que sean examinados los parientes, amigos ó vecinos del difunto: 1.º sobre el hecho de haber muerto ab-intestato: 2.º sobre si tiene heredero de las clases que quedan designadas.

Hasta ahora hemos tratado de la competencia del juez para este juicio, de las diligencias que debe practicar para asegurarse del intestado y poner á salvo los bienes. Todas son providencias interinas, preventivas y de mera precaucion: pero si resultare (359) haber fallecido con efecto sin testar (el sugeto) y sin parientes de los comprendidos en el art. 351, procederá el juez: 1.º á nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro y de lo demás propio de este cargo con arreglo á las leyes. (Esto se entiende caso de que el juez, en cuyo distrito haya ocurrido la muerte, no hubiese procedido á ordenar el sepelio, fuera de que este juez solo podrá acordar que se dé sepultura simplemente, reservándose al albacea disponer los gastos de entierro y demás.) 2.º A inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantia suficiente, la cual se encargará tambien de su administracion. Esta será amovible á voluntad del juez que conozca del ab-intestato: 3.º A examinar los libros, papeles y correspondencia del difunto.

Tres partes abraza el artículo que acabamos de transcribir: el nombramiento de albacea; el inventario y nombramiento de administrador; el exámen de libros, etc. Sobre cada uno de ellos se dictan disposiciones en los artículos siguientes. Al albacea que se nombrare se darán (360) por el juez, las oportunas instrucciones, segun la idea que tenga del caudal del difunto y sus circunstancias, para el desempeño de su encargo. El tenor de este artículo nos confirma en la idea, que ya hemos enunciado, de que el juez de paz ó proventivo no podrán sino disponer que se dé tierra al difunto, y de ningun modo hacer los gastos que únicamente puede determinar el albacea, prévias las instrucciones del juez.

El art. 361 previene, que el depositario administrador de los bienes prestará fianza proporcionada á lo que debe administrar á satisfaccion y bajo la responsabilidad del juez. Y para que esta sea menor previene el 36 : que si se encontraren metálico ó alhajas,

se depositarán en el establecimiento público señalado al efecto, debiendo el juez conservar en su poder, el documento de depósito. De este documento pondrá testimonio en los autos. Con el mismo fin, si hubiere frutos almacenados (365) se deberán sobre-llavar los almacenes, y si pendientes, ó se estuvieren recogiendo, se constituirán guardas ó interventores segun mas convenga.

Pasando á tratar el 364 de la correspondencia, dispone que el juez de 1.ª instancia ó el de paz abrirán la correspondencia en presencia del administrador nombrado y del escribano, y adoptarán en su consecuencia las medidas que su resultado exija para la seguridad de los bienes. Siendo el administrador el representante en cierta manera del difunto, no debe estrañarse que se le dé intervencion en la apertura de la correspondencia, fuera de que su presencia conviene tambien, porque enterado de la marcha de los negocios puede ilustrar al juez acerca del contenido de las cartas, y proponer las medidas que deban adoptarse, formando con dicho juez una especie de consejo administrativo.

Como muchas veces arontecerá que estas diligencias preventivas las haga el juez de paz, se toman las disposiciones oportunas en los artículos subsiguientes, ora para la remision de lo practicado, ora para la enmienda de cualquier defecto. Practicadas estas diligencias, dice el 365, por el juez de paz, las remitirá al de 1.ª instancia, con la debida seguridad, poniendo á su disposicion los bienes, libros y papeles intervenidos, y la correspondencia remitida. Y el juez (366) recibidas las diligencias, rectificará cualesquiera faltas que en ellas puedan haberse cometido, dictando al efecto las providencias que estime oportunas.

2.º — Citacion por edictos. — Convocacion á junta.

La ley reconoce dos estados en este juicio: uno en el que no se hace mas que asegurar los bienes, atender á las necesidades del momento, inquirir quiénes pueden considerarse con derecho y habilitar á los que por falta de aptitud legal no pueden comparecer. En suma, esta primera parte lo es tan solo de preparacion; se ejecuta en ella todo cuanto conviene hacer para que no se distraiga el caudal, no se deterioren los bienes y se conserven íntegros é ilesos para los legítimos habientes-derecho.

Pero el juicio, si ha de tener este fin, no podia estancarse en este primer periodo: para adelantar debian darse otros pasos, y esto es lo que se halla dispuesto en los arts. 367 y siguientes. *Luego que el juicio hubiere llegado á este estado, dice el art. 387, será parte en él el promotor fiscal en representacion de los que puedan tener derecho á la herencia. Será de su obligacion promover cuanto considere oportuno para la seguridad y buena administracion de los bienes.* Opinamos, pues, que inmediatamente que se evacuen todas las diligencias anteriormente indicadas, debe comunicarse el expediente al promotor para que pueda hacer las peticiones que conceptúe conducentes, porque quizás pueda hacer alguna solicitud que sea urgente, y que deba preceder á la convocacion por edictos.

De todos modos, practicadas en debida forma las diligencias preventivas (368), el juez mandará fijar edictos en los sitios públicos del pueblo del juicio, del en que hubiese fallecido el dueño de los bienes, y del de su naturaleza, anunciando su muerte sin testar y llamando á los que se crean con derecho á heredarle, para que comparezcan en el juzgado dentro del termino que en los mismos edictos se señalaré. Estos edictos se insertarán en los periódicos oficiales de dichos tres pueblos, si los hubiere, y en la Gaceta del gobierno cuando las circunstancias del caso lo exigieren á juicio del juez. El término de esta convocacion (369) será el de 30 dias contados desde la fecha de la citacion de los edictos en el último de los pueblos en que se verificare.

Si el pueblo de la naturaleza del difunto estuviere fuera de la Peninsula, podrá el juez ampliar estos términos prudentemente habida consideracion á la distancia. Lo mismo se podrá hacer, aunque el pueblo se halle dentro de la Peninsula, si la dificultad de las comunicaciones ú otras circunstancias extraordinarias lo exigieren (370).

Descando la ley que llegue á noticia de todos un hecho que puede interesarles tanto, ordena en su art. 371, que presentándose ó no herederos á consecuencia de este llamamiento, se fijarán segundos edictos por término de 20 dias contados en la forma antes establecida. En estos edictos se espresarán los nombres de los presentados, si los hubiere, y sus parentescos: determinacion que consideramos muy prudente, muy sabia y muy equitativa, porque

con estas noticias podrán muchos ilustrarse acerca de su derecho y disponerse á comparecer.

Pasados estos dos términos (572) (como que ya no es presumible que concorra ninguno) exigirá el juez á los que se hayan personado, que con citacion recíproca, si fueren mas de uno, y del promotor (que debe ser parte aun cuando comparezcan interesados para ver si efectivamente sus inclusiones son legítimas) justifiquen su parentesco dentro de un término que se les señale al efecto, que por punto general, no deberá pasar de 40 dias. Cuando los que aspiren á la herencia hubieren nacido fuera de la Peninsula, podrá el juez prorogar dicho término segun las circunstancias lo aconsejen.

Ahora se sigue el examen de las pruebas, y el art. 575 determina, que hecha la justificacion, si fuere uno solo el presentado, se dará vista de ella al promotor, y si este conviniese en que se le declare heredero, mandará el juez traer los autos á la vista y hará la declaracion si la estima procedente; porque nada importa que el promotor convenga para que el juez opine de distinto modo. Pero si fueren mas de uno los presentados (574) los convocará el juez á junta, en la que discutirán su derecho á la herencia. Si hubiere en ella conformidad y conviniese el promotor, el juez los declarará herederos en la forma y porciones en que hayan convenido, si lo cree legal y procedente; y en adelante se acomodará en su caso el juicio á las reglas establecidas para el de testamentaria (esto es, se procederá al inventario, avalúo y division.) Mas en cualquiera de los casos espresados en este artículo, si el promotor se opusiere á la declaracion, se sustanciará en juicio ordinario el pleito á que la oposicion dé lugar; y la sentencia en que el juez denegare ú otorgare la declaracion, es apelable en ambos efectos. Creemos necesario advertir que de ningun modo puede admitirse en estos juicios el reconocimiento mútuo de parentescos, porque esto podría dar lugar á confabulaciones y al perjuicio que se irrogára á la Hacienda pública, porque segun previene el art. 577, si no se presentare nadie reclamando la herencia, ó no fuere reconocido el derecho de los presentados, se considerará como vacante, y á instancia del promotor se le dará el destino prevenido por las leyes.

Si, en la junta que se celebre, no hubiere conformidad entre

los presentados como herederos, queda á todos completamente á salvo su derecho (575). Las solicitudes que deduzcan se sustanciarán en juicio ordinario, debiendo litigar bajo una misma direccion y representados por un mismo procurador los que hagan causa comun. Los promotores seguirán teniendo parte en estos juicios hasta que haya un heredero reconocido y declarado por ejecutoria. Desde que lo hubiere, terminará su intervencion en ellos, y todas las cuestiones pendientes ó que puedan promoverse se entenderán y sustanciarán con el declarado heredero.

Terminados estos pleitos (576) y declarados quiénes son los herederos, se acomodará el juicio á los trámites establecidos para los de testamentaria, que esplicaremos mas adelante.

3.º—Reglas generales en el juicio de ab-intestato sobre formacion de piezas y otros extremos.

Aunque bajo un epígrafe no se hallan estas reglas, sino dispersas, las colocamos en una série.

Todas las actuaciones relativas á administracion (587) deben formar una presa, toda vez que se dispone que estarán de manifiesto en la escribanía á disposicion de los que se hayan presentado, alegando derecho á la herencia, y el juez deberá atender las reclamaciones justas que sobre ellas hicieren.

Esta pieza contendrá todas las diligencias preventivas.

Sobre las solicitudes que se presenten alegando derecho á la herencia, se formará una sola pieza separada, (578) quedando la primitiva para tratar en ella de la administracion y sus incidencias, sobre las cuales podrán formarse los ramos separados que se estimen necesarios para evitar confusion.

Las referencias que hacen los arts. 574 y 576 á la testamentaria, acreditan que se deberán formar en algunas ocasiones las piezas que en estas, porque entonces se desnaturaliza la tramitacion del ab-intestato.

Los incidentes que pueden ocurrir en este juicio, (579) se sustanciarán por los trámites prevenidos para los del juicio ordinario, y en pieza separada cuando convenga para mayor claridad.

El juez abrirá la correspondencia (400) que venga dirigida al difunto, en presencia del escribano actuario y del administrador del ab-intestato, en los periodos que se señalen se-

gun las circunstancias. El administrador recibirá la que tenga relacion con el caudal, dejándose testimonio de ella en autos y el juez conservará la restante para darle en su dia el destino correspondiente. Ya hemos dicho que á la persona del administrador se le da cierto representado en esta materia: la ley por delicadeza no deja al juez solo en la operacion de la apertura de la correspondencia, para que en ningun tiempo se le imputen ocultaciones, pero al mismo tiempo se le permite el ejercicio de su autoridad para escluir del proceso la que no tenga relacion con los intereses. Aun despues de muerto deben guardársele al hombre ciertas consideraciones, y no divulgarse sin utilidad sus secretos.

En su dia se dice que se les dará el destino correspondiente á los libros, papeles y correspondencia. Cual sea este, lo espresa el artículo 405. *Los libros y papeles del difunto se entregarán á sus herederos reconocidos, si los hubiere. Sino se presentare nadie alegando derecho á la herencia ó no fuesen reconocidos los que se hubieren presentado, y se declarasen vacantes los bienes, se entregarán al Estado los libros y papeles que tengan relacion con ellos, y los demás se archivarán con los autos del ab-intestato en un pliego cerrado y sellado, en cuya carpeta rubricarán el juez promotor y escribano.*

4.º—De las obligaciones del administrador y de su retribucion.

El art. 559 autoriza al juez, segun hemos visto, para depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, y en el 561 se previene que el depositario administrador prestará fianza proporcionada á lo que deba administrar ó satisfacer y bajo la responsabilidad del juez que haya provocado el ab-intestato.

Terminado y rectificado el inventario (385) (como entonces ya se sabrá el verdadero importe de la herencia), el juez podrá exigir al administrador de los bienes mayor fianza que la que hubiere prestado en las primeras diligencias, si así lo exigiere la verdadera entidad del caudal. El juez reemplazará con administrador que dé fianza cumplida, al que no la hubiere dado suficiente.

La primera obligacion del administrador será la de dar fianza. La segunda la de dar cuentas. El administrador nombrado ó el que le reemplace, rendirá cuentas el dia último de cada mes. Estas cuentas se unirán á los autos. El juez oirá sobre

ellas al promotor sino hubiere heredero declarado y las aprobará en su caso sin perjuicio, disponiendo el depósito del saldo que resultare en el establecimiento público en que se hallen depositados los demás fondos del ab-intestato (386).

Reconocidos por ejecutoria como herederos (388) uno ó mas de los parientes presentados alegando derecho á la herencia, se entenderá con ellos todo lo relativo al exámen y aprobacion de las cuentas, cesando completamente la intervencion del promotor.

Además el administrador estará obligado (402) á rendir una cuenta general de su administracion á las herederos reconocidos ó al Estado en su caso. Hasta que se haya rendido y recaído la aprobacion, no se cancelará la fianza que tenga prestada.

El administrador de los bienes representará al ab-intestato en todos los pleitos (384) que se promuevan ó que estén principia- dos al prevenirse este juicio, y él mismo ejercitará tambien las acciones que pudieran corresponder al difunto hasta que por eje- cutoria haya heredero declarado.

Además gozará de la retribucion que señala el artículo 401, cuyas palabras son las siguientes:

El administrador no tiene derecho á otra recompensa que la que á continuacion se espresa.

Sobre el producto liquido de la venta de frutos, bienes mue- bles ó semovientes, el dos por ciento.

Sobre el producto liquido de la venta de bienes raices, el uno por ciento.

Sobre la cobranza de valores de cualquiera especie, el medio por ciento.

Sobre el producto liquido de la venta de efectos públicos, el medio por ciento.

Sobre el importe liquido de los demás ingresos que haya en la administracion por conceptos diversos de los espresados en los párrafos precedentes, el cinco por ciento.

5.º — Forma de la administracion. — Arriendos. — Venta de bienes muebles.

El administrador está sujeto á ciertas reglas, de las que no puede prescindir. Durante la sustanciacion del juicio de ab-intestato

(397) *no se podrán enagenar los bienes inventariados.* Seguramente sería irregular vender lo que pertenece á una masa que debe ser adjudicada. Unicamente se exceptúan de esta regla: 1.º, los que puedan deteriorarse: 2.º, los que sean de difícil y costosa conservación: 3.º, los frutos para cuya enagenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas: 4.º los que sean necesarios para cubrir las atenciones del ab-intestato; pero aun entonces será preciso seguir en la enagenación cierto orden, principiando por los menos preciosos, por los que estén espuestos á deterioro y sea mas provechoso venderlos que conservarlos. Indudablemente se hará así, cuando el mismo artículo previene que *el juez podrá decretar la venta de cualesquiera de estos bienes en pública subasta, previo avalúo por peritos oyendo á los interesados, y mandará depositar su producto en el establecimiento público en que lo estén los demás fondos del ab-intestato.* Aunque la ley no lo espresa claramente, se infiere que la venta tan solo dice relación á los bienes muebles. La de los sitios ofrecería gravísimos inconvenientes, a lo menos así lo entendemos nosotros. Para el pago de contribuciones y otros gastos de urgencia, el administrador supliría con la esperanza del reintegro.

No pudiendo venderse sino los bienes muebles, y con ciertas precauciones, la administración quedará reducida á los arriendos; pero aun estos se someterán á ciertas formalidades para evitar fraudes y connivencias. *No se ejecutará arriendo alguno sino en pública subasta, y previa la fijación de un tipo mínimo, que será el término medio de los arrendamientos de los bienes en los cinco años últimos.* (389) *Las subastas para los arrendamientos, se anunciarán en los pueblos en que estuviere radicado el juicio y en el en que se hallaren los bienes, verificándose la subasta en el primero* (390). *En los edictos que se fijarán en los sitios públicos de ambos pueblos, é insertarán en sus periódicos oficiales, si los hubiere, se anunciará el tipo señalado, espresándose el día, hora y sitio del remate* (391). *El término de la subasta será de un mes, contado desde la inserción de los anuncios en los periódicos, ó si no los hubiere, desde su fijación, que se hará constar debidamente* (392). *En las subastas no se admitirá postura inferior al tipo señalado* (393).

Si no se presentare postura admisible, se llamará á segunda

subasta con iguales solemnidades que en la anterior, rebajando el tipo que haya servido para este fin un 10 por 100, que fijará el juez, teniendo en cuenta la entidad de las posturas que se hubieren hecho (394). Si aun no se lograre proposicion admisible, el juez determinará lo que segun las circunstancias y oyendo á las partes estime conveniente (395). Para toda subasta se formará pliego de condiciones, que se pondrá de manifiesto á los licitadores en la escribania del juzgado que conozca del juicio, y en la del pueblo en que estén los bienes objeto del remate; en los edictos y anuncios se hará la oportuna prevencion sobre esto (396).

Las subastas de que habla el art. 397 se verificarán con las mismas solemnidades y en los mismos términos establecidos para las de los arrendamientos, esceptuándose las de frutos y bienes muebles ó semovientes, para los cuales los términos serán de diez dias (398).

Tambien se hace otra escepcion en el art. 399 diciendo que los efectos públicos no están comprendidos en las reglas que establece el precedente artículo, porque su enagenacion se hará por medio de agente de bolsa ó corredor que nombre el juzgado.

CAPITULO XVI.

De las testamentarias.

Despues del juicio de concurso, prototipo y modelo de los universales, y despues del ab-intestato, viene en seguida á colocarse por su importancia el de testamentaria. Esta es la razon por la que separándonos del orden de la ley, hemos principiado por el concurso, continuado por el de ab-intestato, y seguido por las testamentarias. Estos dos últimos juicios tienen mucha similitud y tienen muchas reglas comunes.

La testamentaria es un juicio universal que se promueve para llevar á debido cumplimiento las disposiciones de un testador.

Es, como el concurso, necesario ó voluntario (404): voluntario, cuando lo promueve parte legítima (405), esto es: 1.º los hered-

ros ó cualquiera de ellos: 2.º el cónyuge que sobreviva: 3.º los legatarios de parte alicuota del caudal ó cualquiera de ellos.

Necesario, cuando se forma (407) para dispensar la ley su proteccion: 1.º á los herederos ausentes que no se hallan representados legitimamente: 2.º á los herederos menores ó incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, si el testador no hubiere dispuesto lo contrario: 3.º cuando uno ó varios acreedores lo solicitaren: pero para que á instancia de uno ó mas acreedores (408) pueda promoverse el juicio, se necesita que quien lo pida, presente título que justifique cumplidamente su crédito. Como los acreedores únicamente piden que se forme la testamentaria para poner a salvo los bienes con que debe hacerse el pago, su derecho caducará si por los herederos se les diere fianza bastante á responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado (409). El interés de los acreedores queda satisfecho y ya nada pueden pedir.

Definidas las dos especies de testamentaria, la ley señala quién debe reputarse juez competente, que lo será el del domicilio del difunto, bien sea necesario ó voluntario (410) el juicio: pero lo dispuesto en el artículo anterior no impide la sumision expresa ó tácita de los interesados á otro juez ordinario (411); porque en este juicio no podia alterarse el principio consignado en el art. 2.º

Pero para que á pretesto de la competencia no se considere ningun juez desobliga lo de atender á la primera y perentoria necesidad de proveer á la conservacion de los bienes, el art. 412 dispone: que el juez del lugar en que ocurriere el fallecimiento deberá prevenir el juicio y remitir al del domicilio los autos que haya formado para que los continúe con arreglo á derecho; entendiéndose por prevencion del juicio (413) de testamentaria, la ocupacion de los bienes y papeles del finado, y la adopcion de las providencias urgentes, y de las precauciones necesarias para evitar abusos y fraudes.



Del juicio voluntario de testamentaria.—1.º Requisitos para promoverlo.—2.º Medidas subsiguientes.—3.º De sus primeros períodos y modo de proceder en ellos.

1.º—Requisitos que se exigen y forma en que debe promoverse.

Acabamos de decir quién puede promover el juicio voluntario de testamentaria, y siguiendo en la esplicacion de la ley, debemos añadir, que *el que promueve el juicio voluntario de testamentaria debe presentar la partida de defuncion de la persona de cuya sucesion se trate, y no siendo esto posible, otro documento ó prueba que la acredite (414)*; porque á no exigirlo así la ley, podrian cometerse abusos reprobables, y alegando falsamente la muerte de una persona se podrian introducir personas mal intencionadas en la posesion de los bienes del supuesto difunto, colocándole en la misma posicion que á un deudor concursado. El mismo artículo exige que se presente el *testamento del difunto*, porque si este debe servir de base á la testamentaria, su exhibicion es imprescindible.

Todavía la ley toma otra precaucion, como lo demuestra el artículo 415 que dice: *que siendo parte legítima quien lo pida, y cumplidos los requisitos espresados en el artículo anterior, mandará el juez que se ratifique en la solicitud que hubiere formulado. Hecha esta ratificacion, el juez habrá por prevenido el juicio, citando para él en forme á todos los interesados.*

Las palabras de este artículo que ordenan la ratificacion, dan á entender en nuestro concepto que el interesado por sí mismo y sin intervencion de procurador, podrá presentarse á promover la testamentaria y de consiguiente que este art. 415 modifica la disposicion del 15, pues cuando un procurador comparece con poder bastante, no se acuerda ni se exige la ratificacion, porque sus actos tienen todas las garantias apetecidas.

2.º—Medidas subsiguientes.

Una de las primeras es la citacion que manda hacer el artículo 415, descendiendo los posteriores á determinar cómo debe

hacerse. Si hubiere herederos (416) menores ó incapacitados que tengan tutor ó curador, los mandará citar para el juicio. Sino los tuvieren se les nombrará ó hará que los nombren con arreglo á derecho. No nos estendemos mas porque remitimos á nuestros lectores á la pág. 461 y siguientes del tomo I.

Estando ausentes los herederos (417) y sabiéndose su residencia, los mandará citar en forma. Si se ignorase, los llamará por edictos, que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los diarios del pueblo, si los hubiere, y en el Boletín de la provincia: y si el juez lo creyese necesario ó conveniente, atendidas las circunstancias del caso, en la Gaceta de Madrid.

Una citacion especial establece el art. 418, disponiendo que se citará tambien al promotor fiscal para que represente á los herederos, cuyo paradero se ignore, y á los que hayan sido mandados citar en su persona por ser conocido su domicilio, mientras se presenten: pero (419) presentados los herederos ausentes y aquellos cuyo paradero se ignore, cesa la representacion del promotor.

Con la tendencia de asegurar á toda costa la representacion de los que deban tenerla en el juicio y que sea verdadera y no puramente nominal, se halla prevenido en el art. 420, que si el tutor ó curador de algun heredero menor ó incapacitado tienen interés en la herencia, le proveerá el juez con arreglo á derecho de un curador especial para el juicio, ó hará que lo nombre si tuviere edad para ello: pero (421) la intervencion del curador dado para el juicio, se limitará solo á aquella en que el tutor ó curador para los bienes tengan incompatibilidad. En todos los demás casos, estos serán los únicos representantes del menor ó incapacitado.

Tambien puede ser una de las medidas que se adopte la intervencion, pero esta no se adoptará de oficio segun previene el artículo 422, que dice: Si el que haya promovido el juicio solicitar la intervencion del caudal, se decretará de la manera menos vejatoria posible: practicadas (423) las primeras diligencias necesarias al intento, el juez convocará á junta á los herederos para que se pongan de acuerdo sobre la administracion del caudal, su custodia y conservacion. Hallamos en estos pasos una imitacion ó remedo del juicio de concurso, en el cual se principia por una

junta para nombrar síndicos: en el de testamentaria para atender á la conservacion de los bienes.

La ley lleva mas adelante su prevision para el caso en que esta reunion no produjese resultado. Si no se consiguiere (el acuerdo entre los herederos) 424, *determinará el juez lo que segun las circunstancias corresponda, con sujecion á las reglas siguientes:*

1.^a *El metálico se depositará en el establecimiento público destinado al efecto.*

2.^a *Las alhajas, muebles, semovientes y frutos recolectados, se pondrán en depósito, exigiéndose las seguridades convenientes al depositario.*

3.^a *Se nombrará administrador al viudo ó viuda, y en su defecto al interesado que tuviere mayor parte en la herencia, si reune á juicio del juez, la capacidad necesaria para desempeñarla.*

4.^a *Si no concurre esta circunstancia en quien tuviere la mayor parte en la herencia, ó fuese igual la particion en ella de todos los interesados ó de algunos de ellos, podrá el juez nombrar á cualquiera de estos, ó á un extraño.*

5.^a *Cualquiera que sea el administrador, deberá prestar fianza bastante á responder de lo que perciba, si los interesados de comun acuerdo no lo dispensaren de hacerlo.*

6.^a *No habiendo acuerdo acerca de esto, la fianza será proporcionada al interés en el caudal de los que no otorguen su relevacion.*

Hemos explicado, presentando los artículos de la ley, 1.^o, cómo debe intentarse el juicio voluntario de testamentaria: 2.^o, la citacion que debe hacerse y la habilitacion de las personas que deben intervenir en él: 3.^o, la intervencion que debe acordarse á petición de parte, junta de herederos que debe celebrarse y medidas que debe adoptar el juez para la seguridad de los bienes.

3.^o—*Periodos de las testamentarias y modo de proceder en ellos.*

Hasta aquí solo ha habido preparativos para el juicio: este propiamente debe considerarse desarrollado en las diligencias sub-

siguientes. En adelante, dice muy exactamente el art. 425, se dividirá el juicio en tres períodos que se llamarán:

- 1.º De inventario.
- 2.º De avalúo.
- 3.º De división.

Las testamentarias tienen por objeto final la división, la distribución de la herencia: para dividir, es necesario saber lo que hay y conocer su valor. He aquí la razón filosófica de las partes de este juicio; de los tres períodos en que se divide.

4.º — Del primer período. ó sea del inventario.

El que provoca un juicio de testamentaria lo hace con el fin principalmente de que se acredite con toda formalidad lo que forma la herencia; y para que conste, es indispensable que se proceda á un inventario, esto es, á una descripción escrupulosa de los bienes. El inventario es una diligencia tan interesante como molesta para el que la solicita y para el que la sufre: puede ser judicial y extrajudicial, y este se divide en instrumental y menos solemne.

El inventario judicial es el que se hace con intervención del juez, ó á lo menos con su mandato, y ahora según dispone el artículo 429, para hacerlo se dará comisión al escribano, sin perjuicio de que el juez pueda concurrir á su formación en todo ó en parte, si lo considera necesario.

Después de la definición del inventario judicial, cumple manifestar cuando deberá hacerse en esta forma, que será: (427.)

1.º Cuando estuviere intervenida la herencia; porque entonces hay desconfianza, los interesados recelan unos de otros, y no es posible prescindir del rigor de derecho.

2.º Cuando lo solicitare alguno de los que han sido declarados parte legítima para promover el juicio. Mediante una petición formal, es imposible dejar de acceder á ella.

En todos los demás casos se harán extrajudicialmente, señalando á los interesados término bastante para que los formen y presenten, atendida la situación y calidad de los bienes (428). Como que cuando se hacen los inventarios extrajudiciales reina la buena armonía entre los interesados, la ley no se detiene á exigir

requisito alguno en razon de que es natural que la descripcion de bienes se presente apoyada con las firmas de los interesados, y aun cuando no lo estuviese, con el hecho de presentarla mediante pedimento, el inventario debe suponerse hecho con anuencia de todos, de comun acuerdo y á su entera satisfaccion. En esta clase de inventarios se observarán las disposiciones de la ley en todo lo que diga relacion al método y claridad por lo que respeta á la distincion de bienes y papeles, particularidades que espresaremos en seguida al hablar de las formalidades que se exigen en el inventario judicial.

Requisito indispensable para la formacion del inventario, es la citacion, como lo prescribe el art. 450, que ordena deberán ser citados.

1.º *Los herederos*: 2.º *el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, ó su representante legitimo*: 3.º *los legatarios de parte alcuota del caudal*; esto es, los que tengan derecho á una cantidad ó parte de la herencia en abstracto, y no á un legado de cosa determinada, toda vez que el que fuere legatario de un caballo ó de una casa que asista ó deje de asistir al inventario, su derecho no podrá ser perjudicado por lo general con las omisiones que se padecieren; pero el que á virtud del testamento del difunto tuviere derecho, v. gr., á la tercera parte de la herencia, y concurre en union con otros acreedores, se halla interesado en que no se disminuya la masa, porque su disminucion debe perjudicarle para la percepcion de su haber, que menguaria á proporcion que haya menos fondo.

Citados todos los que menciona el artículo anterior, *el escribano (451) procederá con los que concurren á hacer la descripcion de los bienes por el órden siguiente: 1.º metálico: 2.º alhajas: 3.º efectos públicos: 4.º semovientes: 5.º frutos: 6.º muebles: 7.º raices: 8.º derechos y acciones. Todo se espresará en las diligencias que se estiendan con la claridad y precision convenientes. Se formará (452) además con igual claridad y precision y concurrencia de los interesados, un inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren.* En estos artículos se halla marcado hasta el órden material que debe seguirse en la descripcion, haciéndola por capítulos. No podemos menos de alabar el sistema establecido que debe contribuir poderosa-

mente á la claridad, al fácil exámen por los interesados y por sus defensores del inventario, y á que pueda suplirse cualquiera omision padecida.

El inventario, ora se haga judicial, ora estrajudicialmente, necesitaba para su validez recibir un sello auténtico, una aprobacion que acreditase haberse hecho en regla, y por eso se manda que *concluido el inventario (453) el juez traerá los autos á la vista y lo aprobará, si estuvieren conformes todos los interesados. Esta conformidad (454) es indispensable, y si no la hubiere, mandará el juez poner de manifiesto el inventario en la escribania por término de ocho dias para que los interesados puedan formular las reclamaciones, que estimen convenientes; las que pueden dirigirse á la inclusion ó exclusion de algunas cosas.*

Pasado dicho término sin haberse formalizado (455) ninguna reclamacion, el juez mandará traer ios autos á la vista y oprobarrá el inventario en la forma antes establecida. Estas providencias (456) aprobando el inventario en los casos antes referidos, se notificarán á todos los citados para su formacion, y son apelables en un solo efecto, ó lo que es lo mismo, no se paralizará la continuación de la testamentaria, lo que se halla confirmado por el art. 458 que dispone que las reclamaciones contra la aprobacion del inventario no suspenderán la sustanciacion al juicio, que continuará hasta el fin del segundo período, de manera que la admision de la apelacion en un solo efecto tiene un límite, que es preciso no echar en olvido para no incurrir en una demasia. Es asimismo notable que si las reclamaciones (459) tienen por objeto escluir alguna cosa del inventario, no se comprenderá esta en el avalúo hasta que recaiga ejecutoria, declararín toda bien inventariada.

No podia la ley omitir el señalamiento de las reglas de la tramitacion en las reclamaciones, y el art. 457 previene que *las que se hicieren se sustanciarán en via ordinaria y piezas separadas, cuidándose que los que sostengan la misma causa litiguen bajo una sola direccion y representados todos por un procurador.*

3.º — Segundo período. — Del avalúo.

Aprobado el inventario, (440) ó formadas piezas separadas para sentenciar las reclamaciones que sobre él se intentaren, co-

menzará el segundo periodo del juicio, que es el del *avalúo*. Por regla general (441) *todos los bienes inventariados serán valuados, á escepcion de aquellos cuya exclusion se haya pretendido*. Otra escepcion añade el art. 442 previniendo que *no se valuarán los bienes cuya inclusion en el inventario esté solicitada, hasta que se declare por ejecutoria que deben hacer parte del caudal*. No era regular que se hiciesen gastos inútiles y practicasen diligencias baldías.

Establecidos estos principios generales, preciso es tratar de la forma en que debe verificarse el *avalúo* y cuestiones á que puede dar lugar. *El avalúo, como es natural, deberá hacerse (443) por peritos que nombren los interesados de comun acuerdo en una junta que se convocará al efecto*. Vemos adoptado por la ley el sistema de juntas que evita escritos y traslados; pero echamos de menos en el artículo que acabamos de trascribir la mencion de las reglas que han de observarse para la convocacion de la junta: como ya son conocidos los interesados, y se trata de una diligencia que no requiere grandes preparativos, nos parece que el término que se señale debe ser breve y aun menor que el que se hubiese señalado por la junta de que habla el art. 425.

Si (en la junta) *no se pudiere obtener acuerdo, los interesados tendrán derecho á nombrar peritos: 1.º el cónyuge que sobreviva: 2.º los herederos, entendiendose que por parte de todos ellos ha de ser nombrado un solo perito: 3.º el legatario ó legatarios de parte alicuota del caudal: todos los cuales deberán nombrar igualmente un solo perito (444)*. A la simple lectura de este artículo creará cualquiera que cada uno de los que constituyen estas tres clases podrán nombrar un perito, y serán de consiguiente tres los nombrados, pero muy pronto se desvanecerá este error fijando la vista en el artículo 445 que ordena que, *cuando concurren el cónyuge del finado, los herederos y legatarios de parte alicuota, el primero nombrará un perito y todos los demás reñidos otro*.

Otros casos propone el art. 446. *Cuando solo concurren herederos, si no convinieren en la designacion de los peritos, cada cual de ellos podrá nombrar uno por su parte: y lo mismo sucederá cuando concurren herederos y legatarios de parte alicuota, es decir, que cada uno podrá nombrar un perito si no se convinieren*.

Deseosa la ley de evitar las dificultades que se suscitan en esta materia, dispone en el 447 que para el avalúo de cualesquiera bienes en que por efecto de las disposiciones del testador, puedan estar los intereses de algunos de los herederos en contraposición con los de los demás partícipes de la herencia, aun cuando aquellos lo sean de cosa determinada, tendrán derecho los que se encuentren en dicho caso á nombrar un perito, y otro los demás interesados reunidos.

Después de estas determinaciones, el art. 448 vuelve á sancionar las reglas generales. Si los que deben nombrar peritos no se pusieren de acuerdo, se observará lo que para este caso previene el párrafo 5.º de la regla 1.ª del art. 303: á saber es, á la insaculación de los que las partes propongan, encomendando la decisión á la suerte.

Igual reproducción de las reglas generales se hace en el artículo 449 previniendo que, el nombramiento de peritos y de tercero en caso de discordia, se sujetará á las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 8.ª del mismo art. 303. No las reproducimos, porque podrán verlas nuestros lectores, volviendo los ojos á la página 70 de este tomo.

Los peritos, y el tercero en caso de discordia, desempeñarán su encargo del modo que previenen las reglas 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª y 15 del citado art. 303 (450).

Solo el perito tercero (451) puede ser recusado. Su recusación únicamente será admisible con causa. Cada parte no podrá recusar mas que dos. Respecto (462) á las causas porque pueden ser recusados los peritos terceros, tiempo en que debe hacerse la recusación, y modo de reemplazar á los recusados, se observará lo establecido en las reglas 10, 11 y 12 del art. 303.

Hemos trasladado íntegramente los artículos precedentes por no faltar al compromiso contraído de colocar en nuestra obra todos los artículos de la nueva ley, pero muy bien pudiéramos haberlos omitido, porque el que los coteja con el 303, hallará repetidas sus disposiciones. Esta es la razón porque no nos hemos detenido en esplicaciones innecesarias.

Nombrados que sean los peritos, se procederá al avalúo: hecho este y unido á los autos, se pondrán estos por ocho días de manifiesto en la escribanía para que los interesados puedan reconocerlos (453).

Estos ocho días se conceden para que pueda hacerse oposicion, pero no una oposicion cualquiera, sino la que marca el art. 457. *A los avalúos hechos por peritos de nombramiento de los interesados, solo puede hacerse oposicion por dos causas: 1.ª por error en la cosa objeto del avalúo, ó en sus condiciones y circunstancias esenciales; v. gr., si se hubiese valuado como bronce lo que era de oro, ó vice-versa, ó si se hubiese reputado inútil una cosa que tenia todavía aplicacion.*

2.ª *Por cohecho á los peritos, ó inteligencias fraudulentas entre ellos y alguno ó algunos de los interesados, para aumentar ó disminuir el valor de cualquiera bienes. El mismo artículo previene que ninguna otra reclamacion será admisible.*

No puede menos de presumirse que si hay error sea involuntario, y que se reforme inmediatamente que se conozca, y por eso la ley usa de los medios mas propios para su rectificacion. *Una vez formulada la oposicion (458) por la primera de las dos causas expresadas en el artículo anterior, el juez convocará á los interesados y peritos á una junta para que discutan la cuestion promovida. Obrando de buena fé, esta discusion no puede menos de producir resultados ventajosos, y es preferible este método al de los escritos; de palabra no se tiene serenidad para sostener ciertas cosas, al paso que el papel, como dicen en nuestro pais, sufre todo lo que se quiere estampar en él. Esta discusion se consignará en una acta y en la que se estienda de esta junta, que deberán firmar todos los concurrentes, se espresarán con individualidad y precision los hechos y la opinion ó creencia sobre ellos que hayan manifestado los interesados (459). Terminada la junta (460), llamará el juez los autos á la vista, y si no hubiere conformidad en los hechos, conferirá traslado de la oposicion á los interesados en la reclamacion y se sustanciará en via ordinaria, haciendo que litiguen unidos los que sostengan las mismas pretensiones.*

Pero si resultare en la junta conformidad en los hechos, traerá tambien el juez los autos á la vista y dictará sentencia (461), que será apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion y emplazamiento de los interesados (462), estas apelaciones se sustanciarán como las de las sentencias interlocutorias y no se admitirán probanzas de ningun género (463).

Pasa la ley á tratar de la otra causa y á señalar las reglas de la tramitacion en este caso. Si la oposicion hecha al avalúo se fundare en la sequida de las causas designadas en el art. 457, se sustanciará con sujecion á la forma del juicio ordinario, oyéndose precisamente al ministerio fiscal, aun cuando antes haya cesado su representacion en la testamentaria (464); porque indispensablemente debe oírsele cuando hay presunciones, ó á lo menos imputacion de haberse cometido un delito. Asi es que, si apareciese motivo fundado para creer que el cohecho ó las inteligencias fraudulentas para el avalúo han tenido lugar, se mandará proceder criminalmente contra los culpables (465).

Queda esplicado cuanto previene la ley para los casos en que ocurriese oposicion: si trascurriese el término de los ocho dias sin haberse hecho, el juez llamará los autos á la vista y aprobará el avalúo mandando pasar el juicio al tercer estado (al de division) si no se hubieren promovido pleitos sobre el inventario, ó los suscitados han llegado á su término (454): pero si hubiere pleitos aun pendientes sobre inclusion ó exclusion de bienes, se esperará por punto general para pasar al tercer periodo, á que se terminen por ejecutoria. Esceptúanse, sin embargo, 1.º, el caso en que los interesados estuviesen conformes en que se proceda á la liquidacion y division de la parte del caudal á que no se refieran los pleitos sin esperar su terminacion: porque si convienen en que se divida, no hay motivo para retardar esta operacion y privarles de la ventaja de percibir una parte de su hijuela: 2.º, el en que, aun no habiendo conformidad, y pidiéndolo alguno de los interesados, el juez estime que puede verificarse, quedando completamente á cubierto los derechos de los que se opusiesen, lo cual procurará bajo su responsabilidad. En esta forma el juez bien puede acceder á la division que mediando tales requisitos no ofrece ningun inconveniente, y menos cuando la providencia que se dictase sobre esto, es apelable en ambos efectos. (455).

Ejecutoria: los que sean los pleitos sobre inclusion en los inventarios ó exclusion de ellos, se procederá en la misma forma prevenida á valuar los bienes que se manden agregar de nuevo, ó que se declare deben continuar inventariados (456).

La ley ha considerado como dos periodos distintos el inventario y el avalúo, porque el orden natural y progresivo es el de in-

ventariar primero y valuar despues. Sin embargo, en obsequio de la brevedad ó por otros motivos *las operaciones de inventario y avalúo podrán practicarse simultáneamente: 1.º, cuando los interesados lo acordaren: 2.º, cuando alguno de ellos lo pidiere y el juez lo estimare conveniente, atendidas las circunstancias del caudal (426).*

Como que las operaciones de los dos períodos tienen un objeto final segun hemos indicado anteriormente, aprobados el inventario y avalúo de los bienes y terminados todos los pleitos á que uno y otro hayan dado lugar, se procederá á la liquidacion y division del caudal que es el último período de este juicio.

6.º—*Del tercer período ó sea de la division.*

Si se inventarian y avalúan los bienes es para dividirlos, porque sin aquellas diligencias la division no podria practicarse. Esta exige personas inteligentes que entiendan en la formacion de las hijuelas, y como el primer paso es su nombramiento, dice muy oportunamente el art. 467: *que el período de division principiara por una junta en que se procurará que las partes se pongan de acuerdo para el nombramiento de contadores.* Seguramente, de ningun modo puede conseguirse mas fácilmente el acuerdo que en una junta, con tal que sea presidida por un juez inteligente que no permita divagar.

Siendo tan interesante la eleccion de contadores, no es extraño que la ley haya sido minuciosa acerca del particular, previendo todos los casos que puedan ocurrir, descendiendo despues á manifestar cómo deben dar su dictámen, y los medios que se conceden para su impugnacion.

Se sienta como un principio que el nombramiento de contador puede recaer en cualquiera persona de la confianza de los que lo elijan (468). Y asimismo que cuando todas las partes estén de acuerdo en el nombramiento de un solo contador, este hará la liquidacion y division. Pero en los demás casos habrá dos contadores que procederán unidos á ejecutar estas operaciones (469).

Todavía se añade que los dos contadores de que habla el artículo anterior, serán nombrados por los interesados, si hubiere

avenencia en la eleccion de las personas (470). Pero si no la hubiere en esta eleccion, se procederá del modo y forma prevenidos en los artículos que se refieren al nombramiento de los peritos, en el caso que no estén conformes los interesados (471). Y con razon, porque los contadores son unos verdaderos peritos.

Como puede haber divergencia en sus opiniones, la ley no ha querido omitir lo que en este caso debiera hacerse, y con el fin de aumentar las garantías del acierto, ha establecido en el 472, que los contadores que se nombren para dirimir las discordias que ocurran entre los elegidos por los interesados, serán letrados de los que ejerzan la profesion en el lugar del juicio, ó en su defecto en los mas inmediatos.

Hallamos una razon muy poderosa para que este nombramiento se haga en letrados, y es que quizás la discordia podrá provenir de puntos que ofrezcan dificultades, y que tengan relacion con materias de derecho. Entonces un contador letrado entrando á examinar la materia y á discurrir sobre un terreno esplanado ya por los contadores legos, podrá poner el asunto en la claridad correspondiente, disolviendo todas las dudas.

Siendo el nombramiento de este tercer contador tan interesante, debemos hallar sumamente conforme que para su nombramiento, recusacion, tiempo en que deba hacerse y modo de reemplazarlos, diga el art. 473, que se observará cuanto se halla prevenido respecto á los mismos puntos en el art. 505.

Los contadores no son nombrados para permanecer en la inaccion; tienen que acometer trabajos difíciles y penosos: la ley los designa, y establece las reglas á que deben sujetarse, que se contienen en los artículos que vamos á transcribir, y que no necesitan comentario alguno. Elegidos los contadores (474) previa su aceptacion, se les entregarán los autos, y por inventario los papeles y documentos relativos al caudal para que procedan á desempeñar su encargo, pero si les ocurrieren algunas dudas, (475) podrán recurrir al juez, y este mandará que se convoque á los interesados para una junta, á fin de que convengan en lo que crean mas procedente respecto á ellas. Si convinieren (476) lo cual se hará constar en el acta de la junta que firmarán los concurrentes, los contadores considerarán lo convenido como supuesto de la liquidacion y division. Si no hubiere conformidad en la junta (477),

los contadores resolverán las dudas como estimen justo, adoptando tambien como supuesto la resolucion que tomaren.

Con nuestra imparcialidad característica no podemos menos de aprobar estas disposiciones que simplifican extraordinariamente las testamentarias; procedimiento que teniendo el vuelo que antiguamente era una verdadera calamidad. Asi que los aragoneses nos considerábamos mas felices por no vernos sometidos á esta tramitacion, consecuencia necesaria de las leyes que rigen en Castilla sobre la sucesion y limitadas facultades de los padres. Todas las muertes de padres producen una testamentaria, al paso que en Aragon casi es desconocido este juicio, y cuando mueren aquellos, cada hijo se contenta con lo que se le deja.

Despues de haberse procurado los contadores con estas consultas toda la ilustracion apetecida, es llegado el momento de la adjudicacion; pero *antes de hacer los contadores las adjudicaciones (478), promoverán en los términos espresados en el art. 475 la celebracion de otra junta, á la que concurrirán con los interesados. Esta junta tendrá por objeto obtener el acuerdo de estos respecto á la adjudicacion. Si hay conformidad (479), los contadores ejecutarán la adjudicacion en la forma que se haya convenido. Si no la hubiere, la harán como crean que procede con arreglo á derecho.*

Vemos que predomina en la ley el sistema de contar con los interesados, procurando en cuanto sea dable su consentimiento sobre el señalamiento de las hijuelas, porque solo asi se evitan reclamaciones que son unos verdaderos pleitos.

Pero háganse como se quieran, concluidas la liquidacion y division, las presentarán (480) los contadores al juzgado en papel comun y autorizadas con sus firmas. El juez (481), mandará ponerlas de manifiesto en la escribania por término de ocho dias, haciéndolo saber á los interesados. Si pasare (482) sin hacerse oposicion, llevará el juez los autos á la vista y aprobará la liquidacion y particion, mandando protocolizarlos con reintegro del papel sellado correspondiente. Si se apelare (de esta providencia del juez) se admitirá la apelacion solo en un efecto.

Pero si los interesados ó alguno de ellos (483) pidieren dentro de los ocho dias que se les entreguen con los autos la liquidacion y particion para examinarlas, lo decretará el juez por el térmi-

no de quince para cada uno. Pasado el término (484) señalado en el artículo anterior sin haberse hecho oposicion en forma, se procederá á aprobar la liquidacion y division de la manera prevenida en el art. 482. Esta providencia (485), es apelable tambien en un efecto. De manera, que de los artículos mencionados se desprenden las siguientes consecuencias: 1.ª, que el lapso de ocho dias sin hacer oposicion á la liquidacion y division produce la aprobacion judicial, sin perjuicio de que pueda apelarse en un efecto: 2.ª, que aunque se haga la oposicion dentro de los ocho dias, sino se formaliza dentro de los quince se procederá tambien á la aprobacion, quedando espedito el recurso de la apelacion pero solo en un efecto.

No acertamos que pueda sacarse gran fruto de estas apelaciones, porque si se dejaran pasar los términos ¿qué es lo que podrá alegarse? Sin embargo, el juez al tiempo de aprobar la liquidacion y division, podria incurrir en error, ó adoptarlo ó cometer algun exceso, y contra estas demasías ó errores, era conveniente y justo que se concediese algun remedio.

Hemos visto la marcha que debe seguirse cuando no se hizo oposicion ó se abandonó: ahora corresponde que veamos lo que debe practicarse en el caso en que se formulare debidamente: Cuando en tiempo hábil (486) se hiciere oposicion á la liquidacion y particion, el juez convocará á junta á los interesados y contadores para que acuerden lo que mas convenga, oidas las esplicaciones que se den mutuamente. De esta se estenderá la oportuna acta. Si hubiere (487) conformidad en todos los interesados respecto á las cuestiones que se hubieren promovido, se ejecutará lo acordado, y los contadores harán en la liquidacion y division las reformas convenidas.

Si no hubiere (488) conformidad, se dará por concluida la junta. En el caso (489) de que habla el artículo anterior, se dará conocimiento á los contadores de las reclamaciones formuladas para que por escrito informen sobre ellas lo que estimen conveniente. Evacuado este informe, (490) se sustanciarán dichas reclamaciones, considerándolas como una demanda, con sujecion á los trámites prevenidos para el juicio ordinario. El informe de que habla el art. 490 es sumamente interesante: los contadores instruidos profundamente en el asunto pueden emitir un juicio que ilus-

tre á las partes y al juez, preparando el camino para que se llegue á una decision justa y acertada.

Cuando ya se hayan resuelto todas las cuestiones y se haya llegado al término apetecido, se pondrá el sello á la testamentaria con la entrega de lo que ha sido materia de la misma. Asi lo dispone el artículo 491, que dice: *Aprobadas definitivamente las particiones, se procederá á ejecutarlas, entregando á cada cual de los interesados lo que en ellas e haya sido adjudicado y los títulos de propiedad; poniéndose previamente en ellos por el escribano notas espresivas de la adjudicacion. Estas notas equivaldrán á un título. Sin embargo, tambien se dará á todos los partícipes testimonio de su haber y adjudicacion respectivas (491).*

La adjudicacion no seria completa si no se entregasen los títulos, porque en ellos consiste la salvaguardia de la propiedad. De que se entreguen bien redactados estos testimonios pueden resultar ventajas muy considerables á los que han tenido participacion en una testamentaria, escusándoles para lo sucesivo la necesidad de acudir al medio de la exhibicion, de la que tratamos al examinar el art. 222.

7.—*De las reglas comunes á los tres periodos anteriores del juicio voluntario de testamentaria, ó sea á los de inventario, avalúo y division.*

Despues de haber establecido los principios que arreglan la tramitacion de este juicio y haber descendido á las particularidades que pueden ofrecerse en cada uno de los pasos de su curso, el legislador ha considerado indispensable establecer ciertas reglas que pueden tener aplicacion en los tres periodos. El lugar en que se han colocado nos parece el mas conveniente, y por eso no hemos hecho ninguna alteracion en el orden.

Dice la primera regla: *En cualquiera estado del juicio (492) voluntario de testamentaria, pueden los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Nótese bien las palabras juicio voluntario, porque el necesario se asemeja á un concurso y es preciso tener presente esta particularidad.*

Consecuencia de la anterior regla es la segunda contenida en el art. 493. *Cuando lo solicitaren (los interesados) deberá el juez sobreseer en el juicio y poner á disposicion de los herederos los bienes, sin mas restriccion que la establecida respecto al juicio necesario de testamentaria para los casos de haber herederos menores, ausentes ó incapacitados: pues como dice el art. 495 que puede considerarse como la regla 3.ª, á los menores, ausentes ó incapacitados les quedan á salvo los derechos que les conceden las leyes, además de los que se les reconocen en las disposiciones que comprende este título (el 10 de la 1.ª parte:) de consiguiente tendrán el de restitucion in integrum, que únicamente de un modo indirecto queda abolido en cuanto á la prueba en los juicios ordinario, ejecutivo, de menor cuantía y verbal.*

La regla 4.ª se halla en el art. 494 que establece, que *los incidentes que puedan ocurrir en el juicio de testamentaria se sustanciarán del modo prevenido para los que tengan lugar en el ordinario.*

Regla 5.ª *Cuando los testadores (496) hayan establecido otras reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidacion y division de sus bienes, serán respetadas por los herederos voluntarios que hayan instituido. Estas leyes podrá imponerlas el testador á los herederos voluntarios, no á los forzosos, porque el que da generosamente y sin obligacion, es un verdadero legislador que puede poner las condiciones y pactos que sean de su agrado. Podrá, pues, disponer que se pase por el inventario que haga una determinada persona, por el caudal que manifieste; que el avalúo se haga en esta ú otra forma, y finalmente, que la division se practique del modo y por quien le placiere.*

Por fin, *las testamentarias (497) (y esta es la regla 7.ª) podrán ser declaradas en concurso en los casos en que proceda esta declaracion respecto á los particulares; y siéndolo, se sujetarán á las reglas establecidas para el juicio universal de concurso de acreedores.*

Se atiende á la verdad: el que murió y con su muerte dió lugar á la testamentaria, pudo estar en quiebra. Ya el art. 1176 del Código de Comercio estableció que las cesiones de bienes de los comerciantes se entendiesen siempre quiebras: habia, pues, fundamento para la declaracion que contiene el art. 497 de esta ley.

porque no debe fijarse la vista en la forma si no en la realidad, atendiendo, no á las exterioridades si no á la esencia. La muerte no puede variar el estado de los negocios.

8.º — *Del juicio necesario de testamentaria.*

Solo algunas variantes distinguen el juicio necesario del voluntario. Este, como nacido de la voluntad de las partes, puede autorizar ciertas dispensas, porque ellas deben dar la ley en procedimientos que se forman á su instancia y que no deben tener otro regulador en ciertas cosas que su libre arbitrio; pero en el juicio necesario debe reinar mayor rigidez y observarse con suma escrupulosidad todo lo que la ley determina.

Por lo que respeta á su principio, el art. 498 ordena que *solo se prevendrá (498) el juicio necesario de testamentaria en los casos determinados en el art. 407*; esto es, cuando los herederos estén ausentes: cuando fuesen menores ó incapacitados, y el testador no dispusiese lo contrario; y finalmente, cuando uno ó varios acreedores lo solicitaren. Siempre que tales motivos intervienen para formar una testamentaria, es evidente que existe una necesidad irresistible para formarla, y de consiguiente que es indispensable sujetarse á todo el rigor del derecho.

Por eso en el artículo siguiente, ó sea en el 499, se establecen ciertas formalidades indispensables de las que no cabe prescindir, *Practicadas, dice, las diligencias precisas para la seguridad de los bienes, libros y papeles*, (diligencias que deben ser las mismas en el juicio voluntario que en el necesario, porque el modo de poner en seguridad estos bienes debe ser idéntico), *se acomodará el juicio á los trámites establecidos para el voluntario*, (porque tampoco cabe alteracion en estas formalidades naturales) *con las modificaciones siguientes: 1.º que los inventarios se formen siempre judicialmente*. Así deben hacerse cuando los interesados son menores ó incapacitados, ó están ausentes: en la persona del juez deben tener estas personas una representacion y una garantia: y asimismo cuando se pidiere la formacion del juicio por acreedores, toda vez que esta peticion induce la presuncion muy razonable de que otros han de comparecer en lo sucesivo y que la testamentaria va á convertirse en concurso.

2.^o *Que para los inventarios y avalúos se cite al acreedor ó acreedores; porque siendo ya parte es necesario que se cuente con ellos. Debemos añadir que si el juez hubiere nombrado en conformidad al art. 416 tutor ó curador á los menores ó incapacitados, deberán ser citados, y en todo caso, el promotor fiscal, que con arreglo al art. 418, representa á los herederos cuyo paradero se ignorare.*

3.^o *Que los acreedores puedan ser parte en los pleitos sobre inclusion ó exclusion de bienes; porque como hemos manifestado, lo son ya en el juicio y es preciso contar con ellos. Tambien deberá serlo el promotor fiscal en el caso indicado.*

4.^o *Que los bienes se constituyan siempre en depósito, sin que pueda hacerse acuerdo ninguno en contrario; porque el acuerdo no sería válido ni eficaz faltando todavía interesados á cuya seguridad debe proveerse, y por la misma razon se previene en la regla*

5.^o *Que el administrador en todo caso debe dar fianza bastante á responder de lo que administre, sin que pueda dispensársele por los interesados; en razon de que los que han comparecido no son todos, y el juicio presenta un porvenir complicado. En el voluntario los interesados podian dispensar al administrador de prestar fianza, núm. 5.^o, art. 424.*

6.^o *Que no se proceda en ningun caso á hacer entrega de todos ó parte de los bienes á ninguno de los interesados en el caudal sin estar reintegrados ó garantidos á su satisfacion los créditos de los acreedores que hayan promovido el juicio: porque si no hay herencia, sino despues de descontados o satisfechos los créditos, es evidente que no cabe distribuir los bienes entre los herederos sin tomar previamente esta precaucion.*

Y aqui no podemos menos de examinar una cuestion que ya se nos ha ofrecido, á saber es, si compareciendo en una testamentaria un litigante pobre solicitando el pago de un crédito, deberá acordarse á su instancia la suspension de la entrega de las partes ó hijuelas á los herederos. Habiéndola solicitado nosotros, se exigió á nuestra parte que manifestase si estaba dispuesta á cumplir con lo que dispone el art. 952 de la nueva ley, cuya fianza se previno debía presentar dentro de tercero dia. Nosotros combatimos este mandato alegando: 1.^o, que el art. 952 se limita á los em-

bargos preventivos, esto es, á los que se solicitan antes de haberse deducido accion: 2.º, que la peticion deducida no era un embargo sino una suspension de la entrega de los bienes de un ab-intestato; (lo mismo debe entenderse de las testamentarias.) 3.º, que en el art. 455 se disponia que se esperase á la decision de los pleitos pendientes para la liquidacion de la herencia, á no ser que estuviesen conformes los interesados en que se procediese á la division de la parte de caudal á que no se refiriesen los pleitos, de cuyas palabras se inferia que el resto debia quedar en depósito: 4.º, que de lo contrario resultaria el grave inconveniente de que divididos los bienes entre los herederos debiese recurrirse á puntos lejanos para la ejecucion de la sentencia, siendo desfavorable en alto grado este paso al que hizo la reclamacion: y por último, que si el art. 1052 exime al pobre de hacer depósito y se contenta con la caucion de pagar cuando llegare á mejor fortuna para admitirle el recurso de casacion, parece que no debia exigirse la fianza para que no se verificase la division ó á lo menos la entrega de los bienes de un ab-intestato ó testamentaria á los interesados, cuando estaba pendiente la reclamacion de un crédito.

Estas razones espusimos; no sabemos su resultado porque el pleito se transijió; pero nos parece que si se introducen demandas contra herencias testadas ó intestadas, debe suspenderse la entrega de los bienes ó cantidades litigiosas con arreglo al espíritu de los arts. 409 y 455: que la prestacion de afianzamiento para no entregar los bienes, únicamente tendrá lugar cuando asi deba hacerse por disposicion de la ley; v. gr., en el caso del artículo 258: y finalmente, que en nuestro concepto al pobre no podrá exigírsele fianza.

9.º — *De la administracion de las testamentarias.*

En todo el curso de la tramitacion de las testamentarias necesarias y voluntarias, se ha hablado incidentalmente de la administracion. Preciso era fijar algunas reglas que sirviesen de norte al juez y á los interesados, y este es el objeto que se propone la ley en la seccion 5.ª del título 10.

Principia ordenando el art. 500 que se formará una pieza se-

parada de autos, que se llamará de administracion, en la cual se actuará cuando tenga relacion con ella. Se formarán en su caso los ramos separados necesarios. La formacion de esta pieza era una necesidad, porque la administracion debe estar en una actividad continua, y para esta seria un obstáculo el que hubiese de consignar sus actos en una pieza que no estuviese siempre á su disposicion. Una pieza habrá, pues, destinada constantemente á este objeto, y además se formarán ramos separados si lo exigiesen las circunstancias. Pueden ocurrir incidentes que exijan cierta velocidad, y para cuyo rápido curso seria un inconveniente que todo se complicase en la pieza de administracion.

En seguida la ley señala los deberes y derechos del administrador. Nombrado este (501) y prestada la fianza, se le pondrá en posesion de su encargo, dándole á reconocer á las personas con quienes deba entenderse para su desempeño. Su primera obligacion es, pues, afianzar; al afianzamiento se seguirá inmediatamente la posesion y el reconocimiento por todos los que deban cumplir sus órdenes ó pagar á la testamentaria. Si hay fundos urbanos ó rústicos, á los colonos ó inquilinos deberá hacerseles la notificacion del nombramiento para que le paguen y la administracion no encuentre ningun tropiezo.

Pero como el que administra está obligado á dar cuentas, de aqui el que el artículo 502 le imponga esta obligacion disponiendo, que el dia último de cada mes, el administrador rendirá una cuenta, la cual estará de manifiesto en la escribania y á disposicion de todos los interesados en el caudal. El juez, continúa el artículo, oirá todas las reclamaciones que sobre ella formularen, dictando las providencias que en su virtud estime necesarias. ¿Pero por cuánto tiempo deberán ponerse de manifiesto la cuentas? ¿Será durante ocho dias, como previene con respecto al inventario el art. 454, ó el término será de quince, como prescribe el art. 565, por lo que hace á las cuentas generales de los síndicos? La ley no lo señala, pero nosotros nos inclinamos por el término de ocho dias, suficiente para examinar una cuenta mensual.

Tampoco dice cómo debe oír el juez las reclamaciones, si deberá hacerlo en juicio verbal, como lo establece en otros casos (art. 567) de cuyo silencio y frase dictando providencias que es-

time necesarias, inferimos que la audiencia debe ser sumaria y breve, ó que esta audiencia debe regularse segun la cuantía, de manera, que si las partidas impugnadas no escediesen de 600 reales, la tramitacion deberia acomodarse á las disposiciones del juicio verbal; si pasando de 600 rs. no llegase á 3,000, opinaríamos que deberia seguirse la tramitacion del de menor cuantía, y escediendo de dicha suma la del civil ordinario.

Aprobadas las cuentas de la administracion, se facilitará (504) al que hubiere administrado el documento oportuno para hacerlo constar (el finiquito) y este (el administrador) entregará á los herederos lo que les corresponda de lo que obre en su poder: pero esta entrega no se hará sin mandato judicial, pues el juez es el que debe decir en qué cantidad debe verificarse á cada heredero. Además esta entrega solo puede tener lugar cuando la testamentaria quede finada.

El art. 503 establece una regla general con una escepcion. *Todo lo concerniente, dice, á la administracion, enagenacion, susta, reclamacion de fondos, correspondencia, recompensa del administrador y rendicion de cuentas, ordenada en el juicio de ab-intestato, es aplicable á la administracion de testamentarias, sin otra diferencia que la de que además de las personas á cuya presencia debe abrirse la correspondencia, segun el artículo 564 (segun este artículo, estas personas son el administrador y el escribano), pueden concurrir los herederos. Su representado, su interés y su carácter les atribuyen derecho para intervenir en este acto.*

CAPITULO XVII.

Del juicio de desaucao.

Hace largo tiempo que se reconocia la necesidad de establecer una tramitacion especial para esta clase de juicios, pues de no hacerlo así, resultaba, entre otros inconvenientes, el de que quedase frustrado el objeto del actor, y burlado el dueño en el ejercicio de

los derechos sagrados del dominio, que consisten principalmente en que el propietario pueda disponer de sus cosas como le plazca, siempre que no falte á los preceptos de la ley. Deseosos los tribunales de evitar el escándalo, consideraban algunos el juicio de desauco como sumario: conferían traslado por un término corto, admitiendo las apelaciones en el efecto devolutivo, mientras otros le daban la tramitación ordinaria. Al hablar del procedimiento aragonés, referimos, pág. 113, tomo I, su sistema en cuanto á los desaucos por falta de pago. Vista la incertidumbre y variedad de la práctica, era necesario establecer reglas fijas para evitar la anarquía que reinaba en esta materia, y la nueva ley las ha dictado, organizando un sistema uniforme, un procedimiento especial, que podremos reducir para su metódica explicación á los siguientes puntos.

1.º Competencia sobre la materia de desaucos en general y sobre las reclamaciones que se entablen en diversos casos.

2.º Modo de incoar la demanda, citación: diversidad del procedimiento según los casos.

3.º Providencia declaratoria del desauco en rebeldía y sus consecuencias, reclamaciones y tramitación para este y demás casos en cuanto al lanzamiento.

4.º Tramitación del desauco cuando comparece el demandado.

5.º Tramitación cuando el desauco no se funde en el cumplimiento del plazo estipulado.

1.º — *Competencia sobre la materia de desaucos en general y sobre las reclamaciones que se entablen en diversos casos.*

Así como al tratar de los depósitos de personas en el artículo 1278 vindicó la ley el conocimiento de ellos exclusivamente á la jurisdicción ordinaria, así también el 636 al hablar del juicio de desauco, declara que, *el conocimiento de las demandas de desauco corresponde exclusivamente á la jurisdicción ordinaria.* La real orden de 17 de enero de 1828 declaró ya que las acciones de desauco de una casa ó habitación eran del conocimiento de la autoridad civil por ser punto de policía. El principio que establece ahora la ley es más lato, puesto que no se limita á las fincas urbanas, sino

que se estiende tambien á las rústicas, y sobre todo, no solo la clase militar que gozaba fuero, sino tambien los eclesiásticos, y demás, quedan en esta materia sujetos á la jurisdiccion ordinaria, tanto en lo relativo á las cuestiones de desauccio, como en lo respectivo á la ejecucion de los fallos que se dictaren, segun lo determina la 2.^a parte del art. citado, diciendo: *esta competencia alcanza á ejecutar la sentencia que recayere, sin necesidad de pedir ninguna clase de auxilio*, de suerte que, pronunciada aquella, será lícito al juez de primera instancia lanzar al inquilino eclesiástico y al militar, y proceder contra sus bienes para hacer efectivas las condenaciones pecuniarias.

Hasta aqui hemos demostrado la competencia de la jurisdiccion ordinaria en general: ahora corresponde que examinemos la de los que la ejercen, concretándola á casos particulares.

La ley resuelve tambien estas cuestiones, y aunque sobre el particular hicimos indicaciones, página. 414, tomo I, relatarémos el art. 637, que declara que, *es juez competente en estos juicios el del domicilio del demandado, ó el en que estuviere sita la cosa, á eleccion del demandante*. Esta eleccion no nos parece conveniente, porque siempre debia preferirse el lugar del domicilio en una cuestion en la que primeramente debia tratarse con la persona para resolverla con acierto y prontitud.

2.^a—*Modo de incohar la demanda: citacion, diversidad del procedimiento segun los casos.*

Aun cuando la ley no lo dice, es claro que debe principiar el desauccio por demanda, y aun cuando no se espresa tampoco, está fuera de duda en nuestro concepto que esta demanda debe estar suscrita por letrado, toda vez que el juicio de desauccio no se halla exceptuado en el art. 19. La forma, en que debe redactarse la demanda, no se halla de consiguiente indicada; pero la razon dicta que se estienda con claridad y se acompañe de los documentos necesarios: la demanda puede fundarse, ó bien en el cumplimiento del término (638), ó en la falta de cumplimiento del contrato, ó en otros motivos que autoricen la espulsion del arrendatario (669). Claro es que segun sea la causa en que se apoye el

desaucio, el procedimiento deberá variar, pues la cuestión será, ó sumamente sencilla, ó algun tanto complicada. Esta es la razón de la diversidad del procedimiento.

Si la demanda de desaucio (638) se funda en el cumplimiento del término estipulado en el arrendamiento de una finca rústica ó urbana, el juez mandará convocar al actor y al demandado para un juicio verbal. Con efecto, la sencillez de la cuestión que se ofrece es tal, que no exige largas investigaciones ni probanzas: todo puede determinarse en una reunión, en el juicio verbal que se celebre.

Veamos ahora cuándo y cómo debe celebrarse este juicio, cómo se citará al demandado, los términos que se le concederán para evacuar la finca, según su clase, y la manera con que se verificará el lanzamiento, cómo también el modo con que se resolverán las cuestiones á que dé origen el desaucio.

Este juicio verbal (639) se celebrará dentro de los tres días siguientes al de la presentación de la demanda. Este precepto tan terminante supone que la citación se haya de hacer inmediatamente; pero como veremos en seguida, sufrirá modificación en los casos de los artículos 641 y 642, y menos constante puede suponerse la regla mencionada cuando el art. 645 establece segunda citación.

La celebración del juicio verbal, como acabamos de decir, supone citación y esta (640) *se hará en su persona al demandado: si no pudiere ser habido después de dos diligencias con intervalo de seis horas, se le dejará en su casa cédula citándole para el juicio, entregándola á su mujer, hijos, dependientes ó criados, si los tuviere, y no teniéndolos, al vecino mas inmediato.* Véase tomo I, pág. 457, 461 y 465 y observaremos que se establece casi el mismo método que para los requerimientos en los juicios ejecutivos.

Pero muchas veces no se entabla el negocio en el mismo domicilio, y por eso el art. 641 dispone que *en el caso de intentarse la demanda en el lugar en que esté la cosa, y de no hallarse en él el demandado, se entenderá la citación para el juicio con su representante si lo tuviere:* (claro es que este representante debe ser, no un cualquiera, sino un verdadero apoderado, cuando en seguida dice) *caso de no tenerlo constituido por medio de poder,*

con la persona que esté encargada en su nombre del cuidado de la finca (esta gradacion es muy razonable): y si tampoco la hubiere, se librará el oportuno exhorto ú orden para citarlo al juez del pueblo de su domicilio ó residencia. En este último caso, el juez señalará el término suficiente, atendidas las distancias y dificultad de las comunicaciones, para la comparecencia al juicio verbal. Este término no podrá exceder de un dia por cada 6 leguas. El mismo término señala el artículo 229 en el juicio ordinario.

El art. 642 previene que lo mismo se practicará cuando se proponga la demanda en el lugar del domicilio y no se encuentre en él al demandado. ¿Pero no se dispone lo que se debe hacer en el 640? ¿No podrá decirse que este artículo es redundante? Nosotros no opinamos así. Hay tres casos: 1.º el en que la demanda se incohe donde se halla sita la cosa; entonces se observará lo dispuesto en el 641: 2.º el en que se hallase en el pueblo el demandado pero no se le encontrase al hacerle la citacion, en cuyo caso regirá lo dispuesto en el 640: 3.º cuando la demanda se proponga en el lugar del domicilio, pero el demandado se hallase ausente. De este caso habla á nuestro entender el art. 642.

Una particularidad tiene la citacion ordenada en los artículos 641 y 642, y es que debe ir acompañada de un apercibimiento. En los casos de que hablan los citados artículos, dice el 645, se apercibirá al demandado al hacerle la citacion, de que no compareciendo por sí ó por legitimo apoderado, se declarará el desaucio sin mas citarlo ni oirlo. ¿Y por qué este apercibimiento? Porque si se halla en el pueblo es preciso citarlo dos veces, segun puede verse en el art. 645, que ordena que si el demandante que estuviere en el lugar del juicio no compareciere á la hora señalada, se le volverá á citar en la misma forma, apercibiéndole á practicar la diligencia, si fuere habido, y si no en la cédula que se le dejare, con que de no concurrir al juicio se le tendrá por conforme con el desaucio, y procederá sin mas citarlo ni oirlo á desalojarlo de la finca. A mayor abundamiento, se añade: que esta segunda citacion no se hará á los ausentes; lo cual confirma la explicacion que hemos dado de el art. 642.

Ultimamente, el art. 644 pasa á determinar otro caso. Cuando el demandado no tenga domicilio fijo y se ignore su paradero,

se hará la citacion en los estrados del juzgado para que comparezca al juicio verbal, bajo el apercibimiento explicado en el artículo anterior. Como que el declarar á uno sin domicilio fijo lleva consigo consecuencias tan trascendentales, el juez debe fijar mucho la consideracion antes de dar este paso.

3.º—*Providencia declaratoria del desaucio en rebeldía, sus consecuencias, reclamaciones y tramitacion.*

Las consecuencias de las citaciones y de la falta de comparecencia del demandado, las explica brevemente el art. 646. Si no compareciese el presente en el lugar del juicio despues de la segunda citacion ni el ausente despues de la primera, el juez declarará inmediatamente haber lugar al desaucio, apercibiendo del lanzamiento al demaudado dentro de los términos que á continuacion se espresan y que son improrogables (650), cualquiera que sea la causa que se alegue para pedir su próroga. Los términos (647) de que habla el 646, son el de ocho dias si se trata de una casa de habitacion y que habiten con efecto el demandado ó su familia: pero al paso que se pone esta condicion, no se dice el término que se concederá si el desauciado no habitase la casa. A nuestro juicio siempre deberán concederse los ocho dias por la razon de que tendria muebles y para extraerlos se necesita esto tiempo. El de quince dias si de un establecimiento mercantil ó de tráfico, y el de veinte si de una hacienda, alquería, cortijo ú otra finca rústica en que haya constantemente guardas, capataces ú otros sirvientes. Pero si el desaucio (649) se hace de una finca rústica que no tuviese ninguna de las circunstancias espresadas en el último párrafo del artículo anterior, el lanzamiento se hará en el acto. No deja de parecernos bastante dura esta disposicion.

Entendemos que estos términos correrán desde la notificacion, porque como dice el art. 649, la providencia declarando el desaucio y el lanzamiento en su caso, se hará saber al demandado en los mismos términos en que se hizo la citacion si estuviese en el lugar del juicio, y en los demás casos se notificará en estrados parándole el mismo perjuicio que si se hiciese en su persona.

Llegamos al punto del lanzamiento, á ese momento doloroso en que el arrendatario va á ser espelido de la finca, y esto suce-

derá cuando fine el plazo y no hubiese cumplido el mandato judicial. *Pasados los términos (651) sin haberse desalojado la finca, se procederá á lanzar al inquilino ó colono, sin consideracion de ningun género y á su costa.* Como antiguamente servian de pretexto para demorar esta diligencia ciertas reclamaciones que hacia el que iba á ser lanzado, prescribe el art. 652, *que si en la finca rústica hubiese labores ó plantío que el colono reclamase como de su propiedad, se estenderá diligencia espresiva de la clase, estension y estado de las cosas reclamadas.* En nuestra opinion habrá casos en que esta diligencia no podrá formalizarse sin el nombramiento de peritos y asi lo demuestra el art. 656, que dice: *que en los casos en que el demandado hubiese reclamado labores, plantío ú otra cualquier cosa que haya quedado en la finca por no poderse separar de ella, se procederá á su avalúo por peritos que nombren las partes y tercero de oficio caso de discordia.* Pero el art. 652 deseando la brevedad y que no se oponga ningun entorpecimiento al desaucio, previene: *que no servirá esta reclamacion de obstáculo para el lanzamiento.*

Como que en el 651 se establece que el lanzamiento debe ser á costa del inquilino ó colono, la ley toma las precauciones oportunas para que no sea ilusoria esta condenacion, y por eso en el art. 653 se dispone, que *al ejecutar el lanzamiento se retendrán y constituirán en depósito los bienes mas realizables que se encuentran suficientes á cubrir las costas de todas las diligencias practicadas.* Natural es que se le requiera inmediatamente para que pague, por que si no segun ordena el 654 *previa tasacion de los bienes depositados, por peritos que nombre el juez, se procederá á su venta si el demandado no pagase las costas en el acto, advirtiendo el 655 que la enagenacion se hará en la forma prevenida para el procedimiento de apremio del juicio ejecutivo.*

Practicada que sea la tasacion de que habla el art. 656, podrá el demandado (657) reclamar el abono de la cantidad en que haya sido apreciado lo que creyere corresponderte. Si formulare reclamacion, se convocará á juicio verbal (658) en el que oidas las partes y recibidas las pruebas el juez dictará la providencia que estime de justicia. ¿Y de un modo tan breve y sumario podrá conocerse aun cuando la cuantía de las mejoras sea de extraordinaria consideracion? La ley no distingue de suerte que asi podrá discu-

tirse en juicio verbal acerca de mejoras que no excedan de 600 reales como de las que versen sobre 2,000 ó mas miles de reales. Sin embargo nos parece esta resolución poco conforme con los principios de la ley que según la importancia de las cantidades varía la tramitación de los juicios.

Otra observación nos ocurre y es la de que la ley no hace mención espresamente de las mejoras que se hubieren en los fundos urbanos. ¿Será esta omisión meditada ó deberá suponerse que el art. 656 las comprende? En nuestro concepto después de meditar sobre los artículos de la ley, creemos que atendido su tenor solo atribuye derecho para reclamar las mejoras hechas en los fundos rústicos porque solo en ellos cabe hacerlas con cierto fundamento: pero en los fundos urbanos no existe la misma necesidad y el inquilino si algo quería que se hiciese podía dirigirse al propietario ora fuese obra de necesidad, ora de comodidad.

Sea de esto lo que quiera la providencia (art. 659) *que después del juicio verbal y practicadas las pruebas se dictare es apelable en ambos efectos. Interpuesto el recurso se remitirán los autos al Tribunal Superior con citación y emplazamiento de las partes en la forma ordinaria. La segunda instancia (660) se sustanciará en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren en los interdictos.*

4.º — *Tramitación de desauco cuando comparece el demandado.*

Hemos visto al examinar el art. 646, que no concurriendo el demandado se pronunciará inmediatamente sentencia declarando el desauco: *pero concurriendo al juicio verbal sobre el desauco el demandado (661) oídas las partes y recibidas las pruebas, el juez dictará sentencia: que será apelable en ambos efectos (662) al paso que no vemos se haga mención de apelación con respecto á la providencia que haya sido dictada en rebeldía del demandado. Si no se interpusiere apelación, pasado el término queda la sentencia consentida de derecho sin necesidad de ninguna declaración. Una vez consentida la sentencia (663) se procederá en la forma antes prevenida si se hubiese declarado haber lugar al desauco, esto es, se apercibirá al demandado para que desaloje la finca en los términos mencionados y si no la desaloja se procederá al lanzamiento. Pero si se apelase de la sentencia se remitirán los*

autos al Tribunal Superior con citacion y emplazamiento de las partes (664) la segunda instancia se sustanciará en la manera expresada en el art. 660, (665) y la sentencia confirmatoria contendrá siempre condena de costas, debiendo advertir que dictada que sea (667) la sentencia de vista, se devolverá para su cumplimiento los autos al juzgado de que procedan, con certificacion solo de ella y de la condena de costas si la hubiese habido. Recibidos los autos por el juez de primera instancia, se procederá á cumplir la ejecutoria (668) si se hubiere declarado haber lugar al desaucion acomodándose á los trámites que quedan establecidos sobre el lanzamiento.

5.º—Tramitacion cuando el desaucion se funde en el cumplimiento del plazo estipulado.

Harto manifiesto es que una demanda que se funda en el cumplimiento del plazo debe ser por su naturaleza muy sencilla, y por eso su tramitacion es tambien brevisima, reduciéndose á una audiencia muy pequeña en consideracion á que no pueden ofrecerse cuestiones de mucha gravedad. No sucede asi cuando la demanda se apoye en otros méritos, v. gr., el deterioro de la finca ó el incumplimiento de los pactos del arriendo. He aqui la razon de la distinta tramitacion y formalidades que para este caso establece la ley. Si la causa por que se pidiese el desaucio (669) no es el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato tambien se convocará á las partes á juicio verbal de la manera prevenida en los artículos 658 y siguientes. Si compareciendo el demandado conviniese con el demandante en los hechos, dictará el juez sentencia: porque es claro que si la parte está conforme con lo alegado por su adversario, no hay necesidad de prueba ni de ulteriores dilaciones. Si no compareciese el demandado, se le tendrá por conforme en los hechos espuestos en la demanda y el juez dictará en su rebeldía sentencia declarando haber lugar al desaucio.

Pero si el demandado (672) no conviniese en el juicio verbal en los hechos, dará el juez por terminado el acto y conferirá traslado de la demanda, la cual se sustanciará en adelante con arreglo á los trámites del juicio ordinario. Asi parece que lo exige la importancia del asunto, por cuanto es de presumir que cuando el juez

no ha podido hacer que las partes se avengan en el juicio verbal, ha sido por las gravísimas dificultades que se ofrecieron.

La ley cuando hay conformidad en los hechos (669) y se dicte sentencia, no hace mención de apelación, y parece que no debe haberla si se considera que hablando después de la sentencia pronunciada en rebeldía del demandado, dice en el 660 que esta sentencia es apelable en ambos efectos. Si su mente hubiera sido admitir en ambos casos la apelación, hubiera dicho en el 670: estas sentencias, y no *esta sentencia*. Contribuye á formar este concepto la circunstancia de que cuando hay conformidad en los hechos tiene el carácter de una avenencia, acerca de las cuales no hay apelación. Sin embargo, muy duro se nos hace que no se admita este recurso, porque al fin el juez ha podido apreciar malamente los hechos reconocidos. Así que nos inclinamos á su admisión. El art. 670 continúa repitiendo lo establecido en otros ó sea el 662. *Si no se apelase, dice, queda de derecho consentida sin necesidad de declaración alguna y se procederá á su ejecución y cumplimiento: y el 671 dispone que si se apelase se remitirán los autos al Tribunal Superior para que se sustancie y decida la segunda instancia con sujeción á los trámites antes determinados; procediéndose dictada que sea la ejecutoria á cumplirla de la manera también establecida.*

CAPITULO XVIII.

Del modo de proceder en los retratos.

El retrato era una acción que podía entablarse como cualquiera otra: así que no había antes un procedimiento especial para ella, al paso que se exigían ciertos requisitos para deducirla. La nueva ley no se ha contentado con señalarlos, sino que ha pasado más adelante, puesto que, saliendo del círculo de los procedimientos, ha llegado hasta alterar el derecho civil, estableciendo disposiciones nuevas, con las cuales se han echado á tierra, ó á lo menos se han hecho dudosas las disposiciones legales, los fueros de ciertas provincias, como manifestaremos más adelante. Cuestion

sumamente delicada es la de la validez de estas alteraciones, porque si bien á los redactores de la ley se les concedió la facultad de coordinar nuestras antiguas leyes de procedimientos, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, esta concesion, segun sostienen algunos, no les autorizaba para alterar el derecho civil y para establecer reglas que llevaban consigo la derogacion de los establecimientos de un Código que no se les encargó reformar. Asi es que en el art. 674 estableciendo que el retracto haya de interponerse dentro de nueve dias, se han derogado los fueros de Aragon, que concedian el término de un año, dos meses y diez dias segun los casos; de un año, cuando el retrayente no habia asistido personalmente al otorgamiento de la escritura, ó esta no se la habia notificado, en cuyos dos casos solo tenia el término de diez dias, y finalmente el de dos meses en las ventas de corte ó que se hacian judicialmente. Este es un punto que no ha dejado de llamar la atencion de algunos jurisconsultos, y que ha sido objeto de discusion en las páginas de algun periódico (1), que ha alegado argumentos muy fuertes.

Pero no podemos menos de manifestar que sean cuales fueren las razones que se aleguen, habiendo la nueva ley sido aprobada por S. M. por decreto de 5 de octubre de 1855, seria muy difícil el triunfo del que usase de un retracto fuera del término de nueve

(1) En el núm. 20 de los Anales Jurídicos que publica la Academia jurídico-práctica Aragonesa, (de la que me heura haber sido diez años consecutivos presidente), hay un artículo cuyos principales párrafos vamos á copiar en esta nota. El comunicante G. S., dice:

•Nosotros, sin embargo, creemos en nuestra pobre opinion, que las disposiciones forales no pueden menos de subsistir, á pesar del núm. 1.º del art. 674, repetidamente citado.

•La ley de procedimientos, en su art. 1415, deroga todas las leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil: y estas palabras dan claramente á entender que la derogacion es solo relativa á las leyes y fueros ordinativos de plitos, cuyo objeto es la tramitacion de los mismos. Ahora bien, los fueros 4 y 5 de *Comuni dividundo* no sancionan una manera de proceder, una regla de tramitacion en pleito alguno, sino que conceden un derecho civil, puramente civil, en favor de los que puedan hacer uso del beneficio de la saca. Por consiguiente, no pueden entenderse sujetos á la derogacion del art. 1415; porque no hay identidad de fines en ambas disposiciones. Esta sencilla observacion resuelve, en nuestro entender de una manera satisfactoria, la cuestion propuesta; y si contra la misma, esto es, contra nuestra opinion, parece militar la letra de la ley, su espíritu la confirma y robustece eficazmente.

•A interpretarse en otro sentido los fueros que hemos citado, á creerlos ordinativos de tramitacion, único caso en que pueden tenerse por derogados, hubiéranse creído ya abolidos de muy antiguo; pues por decreto de 29 de junio de 1797, el señor don Felipe V abolió y derogó todos los fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta entonces observada en los

días, porque para que se calificase su acción sería preciso que el juzgado ó tribunal principiase sentando como principio la estralimitación de la comisión, é interpretando la aprobación de S. M. Lo único que podría en un caso de esta naturaleza promoverse, sería una consulta á S. M., que indudablemente sometería el punto para que le informase al Supremo Tribunal de Justicia.

Pero dejando á un lado una materia que únicamente hemos tocado porque se nos han dirigido consultas, que hemos resuelto aconsejando que se observase estrictamente la ley, vamos á examinarla en la parte relativa á los retractos. Las principales innovaciones consisten en los requisitos para la incoación de la demanda, en la introducción del juicio verbal en ciertos casos y en haber dado á la segunda instancia la tramitación de las apelaciones que se interponen de auto interlocutorio.

Reduciéndose á tan pocos artículos la ley en esta materia, no cabe la clasificación que hemos hecho en otras: nos limitaremos, pues, á una esplicación sucinta de sus disposiciones.

Después de principiar el art. 673 declarando que *es juez competente para conocer de las demandas de retracto el del lugar en que esté situada la cosa que se pretenda retraer, ó el del domicilio del comprador á elección del demandante*, disposición que ya reseñamos al hablar del fuero competente, procede el 674 á

reinos de Aragón y Valencia, mandando que estos se redujeran á las leyes de Castilla y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus tribunales. (Ley 1.ª tit. 5.ª lib. 5.ª Nov. Rec.) Sin embargo, los fueros 4 y 5, de *Communi dividundo* han subsistido en observancia, conforme al decreto de 5 de abril de 1711 del mismo don Felipe V, ó sea la ley 2.ª, tit. 7, lib. 5.ª de la Novísima. De donde se sigue, que nuestra opinión se funda en la práctica universalmente observada, y en la interpretación generalmente dada á las disposiciones que nos ocupan.

•Así, pues, la ley de Enjuiciamiento civil, al enumerar entre las circunstancias de una demanda de retracto la de ser presentada dentro de los nueve días siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta, ha tenido presente lo sancionado en el derecho civil de Castilla; pero en nuestro entender, no ha querido derogar las prescripciones forales, que tienen otro objeto, que pertenecen á otro orden de cosas.

•Creemos en su virtud, que el juez que administre justicia en territorio en que se hallen vigentes nuestros fueros, podrá admitir una demanda de retracto incoada, después de los nueve días marcados en la ley del Enjuiciamiento civil, con tal que se ponga dentro del término, ó términos respectivos, según los casos, que se prescriben en nuestra legislación foral. Por las mismas razones opinamos que el art. 673 no puede hacerse lugar entre nosotros, pues no es más que una secuela del anterior.

•Confesamos, no obstante, que pueden suscitarse muchas dudas y conflictos en esta materia, y para obviarlos, desearíamos que se aclarase competentemente.

señalar las circunstancias especiales que debe contener esta demanda.

Para que pueda darse curso á las demandas de retractos se requiere (674):

1.º *Que se interpongan en juzgado competente dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. Este precepto sería imposible ó quedaria muchas veces frustrado el derecho del retrayente si el art. 202 no le hubiere autorizado para poner la demanda sin la certificacion de haber celebrado el juicio conciliatorio.*

Por lo que respecta al término de nueve dias, la ley hace varias aclaraciones. El art. 675 dispone que *el que intentare el retracto, si no reside en el pueblo donde se haya otorgado lo escritura que dé causa á él, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada diez leguas que distare de dicho pueblo el de su residencia.* En este artículo encontramos otra medida para las distancias: en el juicio ordinario; se establece (229) la de un dia por cada seis leguas; en el 641 el mismo para el desauco: en el verbal cuatro, art. 1170, y ahora el de un dia por cada diez.

Encontramos sumamente conforme esta próroga, que tiene en su apoyo la equidad, así como consideramos justo que no se consienta que la malicia y el dolo sean elevados por una fria tolerancia á medios de adquirir legalmente.

Si la venta, dice el art. 676, se hubiere ocultado con malicia, el término de los nueve dias no empezará á correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente haya tenido conocimiento de ella. Dificil es esta prueba; pero entre otros hechos que podriamos presentar como comprobantes de la malicia, citaremos el de que uno hubiese dejado de registrar la escritura de venta en el oficio de hipotecas esponiéndose á pagar la multa.

La ley deja indecisa la cuestion de si en las ventas judiciales el término de los nueve dias debe principiar á correr desde el del remate ó desde el del otorgamiento de la escritura.

La segunda condicion que exige la ley es que *se consigne el precio si es conocido, ó sino lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea.* Esto último podrá acontecer en el caso en que se hubiese procedido con malicia ocultando la escritura de

venta. ¿De el precio deben considerarse parte los gastos de escritura y el derecho de hipoteca? ¿Deben abonarse al comprador de quien se retrae la finca? Tampoco lo dice la ley; pero nos parece que así como no se puede decir que se le paga del crédito al acreedor á quien no se le satisfacen las costas, así tampoco puede decirse que se le reintegra del precio al comprador á quien no se le abonan los gastos de escritura y desembolsos de la hipoteca. ¿Por nueve días de posesion, ha de sufrir semejante perjuicio? Resta advertir que en la escritura de retroventa no prestará la evicción en general sino de todo acto ó contrato que haya hecho, mientras ha tenido la finca en su poder.

3.º *Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto.* Mejor en nuestro concepto hubiera sido la redacción, si en vez de título se hubiera dicho *méritos*, porque por lo comun no puede fundarse en títulos, sino en el parentesco y en la justificación de ser la finca familiar.

El art. 674 ha añadido otro requisito que nos parece adecuado y superior al juramento formulario de que el retrayente quería la cosa para sí á saber:

4.º *Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciese venir á menos fortuna al retrayente y lo obligase á la venta.*

5.º *Que se comprometa el comunero á no vender la participación del dominio que retraiga durante cuatro años.*

6.º *Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño directo ó el útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años.*

No se crea que estas condiciones son puramente nominales, porque la ley (art. 688) exige que este compromiso se confirme en escritura pública, tomándose razon en el oficio de hipotecas, previniendo además el art. 690 que *la enagenacion que se hiciere antes del vencimiento de los respectivos plazos, será nula.*

Con estas condiciones no es de presumir que haya nadie que dé su dinero para retractos que ofrecen contingencias y dilatan la entrega de la finca comprada para un plazo muy remoto. Nadie aventura su caudal para una época tan remota, como dos, cuo-

tro y seis años. El tiempo que se señala para la conservacion de la finca , vá creciendo en proporcion de ser menos estrechas las relaciones que median entre el que retrae y el vendedor. Un pariente usa de un derecho que le pertenece por su sangre , como individuo de la familia , sus derechos son mas dignos de tener en consideracion que los de un comunero y un señor directo. A estos, pues , se les imponen mayores trabas.

7.º *Que se acompañe copia de la demanda en papel comun.*

Esplicadas las circunstancias y requisitos de que corresponde esté adornada la demanda, el orden nos lleva naturalmente á examinar la providencia que debe dar el juez y el curso de la tramitacion. Apenas se presente la demanda *el juez la habrá por presentada (677) y mandará hacer el depósito de la cantidad consignada en el establecimiento público destinado al efecto, ó admitirá la fianza bajo su responsabilidad en los casos en que proceda, reservándose proveer sobre el fondo, presentada que sea la certificacion del acto de conciliacion.* Este es el primer auto que se proveerá: despues vendrá el otro, como dice el art. 678, disponiendo que , *presentada por el retrayente certificacion del acto de conciliacion sin efecto, el juez dará traslado de la demanda al comprador, emplazándolo y entregándole la copia de ella en la forma prevenida en el juicio ordinario.*

Aqui principia verdaderamente el juicio (679): *el demandado dentro de los términos marcados para el juicio ordinario y con sujecion á las penas para él establecidas, contestará la demanda acompañando copia de la contestacion en papel simple. Esta copia será entregada al demandante.* Hasta este momento ha habido, si se exceptúa la entrega de la última copia, una absoluta igualdad en la tramitacion con el juicio ordinario: pero como ya no ha de haber mas escritos, como solo dos deben mediar antes de la prueba, en la contestacion (680) *manifestará el demandado si está conforme con los hechos en que la demanda se haya fundado, ó cuáles son los en que no lo estuviere. Habiendo (681) absoluta conformidad en los hechos, el juez citará á los interesados ó sus representantes á juicio verbal, y despues de oírlos pronunciará sin dilacion la sentencia. Pero (682) si no hubiere conformidad en los hechos, se recibirán los autos á prueba sobre aquellos en que no la hubiere por el menor término posible, segun las circunstancias, y se practica-*

rá la que las partes propongan, con sujecion á las reglas establecidas para el juicio ordinario.

Antes de pasar mas adelante es preciso hacer algunas observaciones: 1.^a que en esta clase de pleitos solo se da un escrito por cada parte: 2.^a que ya no se presenta ningun otro: 3.^a que la ley no señala ningun término limitado ó especial para este juicio, (escepto el de que hablan los arts. 685 y 684) y de consiguiente que el probatorio podrá estenderse al que se señala para los juicios ordinarios: 4.^a que no se habla de que en este juicio pueda usarse de escepciones dilatorias, reconvencion, promover incidentes, etc., pero no creemos que pueda dejar de suscitar el demandado los que sean necesarios; tampoco hallamos inconveniente en que oponga las escepciones dilatorias que procedan: pero en nuestro concepto no podrá usarse de la reconvencion, porque este es un juicio particular en el que se ventila una cuestion especial, cuyo curso y decision no puede suspenderse ni complicarse con otra.

Concluido el término (683) que se otorgare y sus prórogas, se pondrán las pruebas de manifiesto á las partes por tres dias. Pasado (684) este término las convocará el juez á juicio verbal: las oirá ó á sus legitimos representantes ó defensores, y al dia siguiente dictará sentencia, que es (685) apelable en ambos efectos.

La apelacion se admitirá sin sustanciacion. *Interpuesta (686) se remitirán los autos á la audiencia en la forma prevenida para el juicio ordinario (art. 555) esto es, dentro de segundo dia y citando y emplazando previamente á los procuradores de las partes, debiendo comparecer estos, 556, dentro del término de 20 dias desde la notificacion de la providencia.*

Mas en seguida el art. 687 hace ver una diferencia del ordinario en cuanto á la tramitacion de este juicio previniendo que en estas apelaciones no se espresarán agravios por escrito, entregándose los autos para instruccion: pero, en todo lo demás se acomodarán á las reglas establecidas para las segundas instancias.

La sentencia en que se desestime el retracto nada ofrece de particular: no asi aquella en que se califique, pues consentida ó ejecutoriada (688) la sentencia en que se declare haber lugar al retracto, se tomará en la contaduría de hipotecas razon del compromiso que se haya contraido en cualquiera de los casos com-

prendidos en el art. 674. Se librará al efecto el oportuno mandamiento, exigiendo al contador que conteste quedar cumplido.

Esta es una garantía que se concede al comprador, un beneficio que se le dispensa, de consiguiente pudiendo cualquiera renunciar al beneficio introducido en su favor, el art. 689 determina que *el comprador que haya sido vencido, puede en cualquier tiempo librar al retrayente de este gravámen: y el 690 que cuando conviniera el comprador en ello ó pasados los plazos prevenidos en el art. 674, librará el juez otro mandamiento para que se cancele la toma de razon.* Justo era que se borrara este gravámen apenas fuese estinguido ó por la voluntad del comprador ó por el lapso del tiempo, y que la finca quedase en absoluta libertad.

Queda esplicada esta tramitacion especial, que deja bastante anchura para la defensa y que evita dilaciones innecesarias.

CAPITULO XIX.

De los interdictos.

Observaciones generales.

Son un género de enjuiciamiento que derivado de la legislación romana ha sido adoptado por casi todas las de Europa.

Segun Justiniano se llamaba interdicto la concepcion de palabras conque el pretor mandaba ó prohibia que se hiciera algo, llevando este nombre porque se dictaba entre dos. No falta quien repela esta interpretacion y defina el interdicto como una providencia que da el juez momentánea é interinamente, salvo el derecho de proponer su accion.

Mr. Savigny ha escrito un tratado sobre la posesion, en el que desenvuelve la teoría de los interdictos. De él tomaremos algunas ideas para ilustrar una materia oscura y que exige esclarecimiento.

Toda posesion encuentra su garantía en los interdictos, y por lo tanto debemos principiar por determinar el sentido de esta palabra. La esencia de la accion consistia en que el pretor anunciaba en

su edicto para los casos que daban lugar a ella, no que él obraría por sí mismo, si no que nombraría un juez para decidir la contienda, *judicium dabo*. Sin embargo el magistrado no nombraba el juez si no cuando los hechos eran dudosos: pero por el contrario, si se trataba de un punto de derecho, ó si alguno cometía un acto de injusticia evidente, sin poderse apoyar ni aun en las apariencias de derecho, ó si los hechos eran indubitados por el reconocimiento del defensor ante el pretor (*confessio*), ya no se nombraba juez y el pretor decidía por sí mismo definitivamente la contienda. Bajo este aspecto el procedimiento en los interdictos se diferenciaba del de las acciones ordinarias. porque en aquellas el pretor no nombraba juez si no que pronunciaba inmediatamente un mandato ó una prohibición, como lo demuestran las espresiones usadas en estos interdictos: *Veto, exhibeas, restituas*, etc.: pero esto se entendía cuando el demandado reconocía los hechos, porque si los negaba ú oponía escepciones, se nombraba juez. Estos interdictos recibieron varias modificaciones, pero no deben confundirse con los interdictos posesorios.

Estos interdictos no eran en la realidad mas que unas acciones posesorias, porque así como las había para vindicar una cosa, *rei vindicatio*: la de compra (*empti*), las había también que tenían por fundamento la posesión del demandante y se llamaban posesorias, porque podían intentarse bajo la condición de que el demandante tenía realmente adquirido un derecho de posesión, *jus possessionis*. La aplicación de estas ideas no sufre dificultad con respecto á los interdictos de retener y recobrar, pero se encuentra y muy grande con respecto á los que tienen por objeto adquirirla; y aunque se apele á la ficción de suponer que la posesión que tenemos derecho de pedir la hemos adquirido ya, sería necesario producir prueba, chocando con la forma de los demás interdictos que tienden á amparar la posesión contra la violencia. Tampoco cabe considerar como su base la posesión del difunto, porque como dice Savigny, la relación que se supone con aquella posesión es un supuesto falso, de lo cual deduce la diferencia que aun entre los romanos existía entre el interdicto *adispiscendæ possessionis*, de adquirir la posesión y los otros como que no descansan en las mismas ideas fundamentales. Deduce por lo tanto Savigny que los interdictos que se dirigen á conservar y recobrar la posesión

son las únicas acciones posesorias, al paso que el interdicto de adquirir no tiene nada de comun con ellas.

Dejando á nuestros lectores el exámen ámplio de esta materia en los comentarios del Vinio al tít. 45 de las instituciones de Justiniano, en los de Ortolan, en la obra de Savigny sobre la posesion, en las de Menochio, en los autores canónicos, que tan estensa y fundadamente han analizado esta materia y en los aragoneses que trataron en la aprehension y en la firma de las cuestiones posesorias vamos á verificar el análisis de la ley nueva y de sus disposiciones.

Principia reconociendo las mismas clases de interdictos que se conocian en la legislacion romana para *adquirir, retener ó recuperar la posesion*, considerando tambien en esta misma clase las denuncias de obra nueva y vieja.

Los interdictos solo pueden intentarse, segun el art. 691:

- 1.º *Para adquirir la posesion.*
- 2.º *Para retenerla.*
- 3.º *Para recobrarla.*
- 4.º *Para impedir una obra nueva.*
- 5.º *Para impedir que una obra vieja cause daño.*

Podremos preguntar, ¿por qué en la nueva legislacion no se admiten otros interdictos, como el *unde vi* y otros que se conocian en la romana? Porque podremos contestar, que en el art. 440 del Código penal, la usurpacion que consiste en ocupar con violencia en las personas una cosa inmueble ó usurpar un derecho real de agena pertenencia, se considera como un delito, aun cuando, art. 441, se cometiese sin violencia en las personas, colocándose en el mismo capitulo la destruccion ó alteracion de lindes ó heredades, ó cualquiera clase de señales destinadas á fijar los limites de predios contiguos.

Competencia para los interdictos.

La ley señala en general quién debe entender en los interdictos, y en el art. 692 declara que *el conocimiento de ellos corresponde esclusivamente á la jurisdiccion ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los demandados*: declaracion que ya hiciera el reglamento provisional sobre administracion de justicia en su articu-

lo 44, previniendo que cualquiera persona perturbada ó despojada en la posesion de alguna cosa profana ó espiritual, sea lego, eclesiástico ó militar el perturbador ó despojante, podrá acudir al juez de primera instancia del partido para que le restituya ó ampare. El procedimiento aragonés, que hemos explicado, tomo I, página 102, está de acuerdo con los mismos principios, estableciendo que el amparo contra toda fuerza corresponde á la jurisdiccion real.

Fijada la competencia en general era preciso descender á cada caso en particular para saber qué juez debia entender en cada uno de ellos. Este deslinde lo hallamos en el art. 693 que dice. *Son jueces competentes: en el interdicto de adquirir el del domicilio del finado ó el del lugar en que radique la testamentaria ó ab-intestato, ó el en que estén sitos los bienes á eleccion del demandante:* pero nos parece que esta peticion por via de interdicto no podrá tener lugar sino muy á los principios de los juicios de testamentaria y ab-intestato, porque formalizados que sean deberán seguirse las reglas marcadas en los arts. 578, 407 y otros, y sobre todo en el 580. La disposicion del art. 693 está de acuerdo en su primera parte con el 158.

Continúa el art. 693 determinando que *en los demás interdictos, es competente, el juez del lugar en que esté la cosa, objeto de ellos:* y la razon es bien clara, porque tratándose de dispensar amparo y proteccion, ninguno puede conceder mejor estos beneficios que el que tiene la cosa bajo su poder y jurisdiccion.

Del interdicto para adquirir.

Este interdicto era el mas espuesto á abusos y por eso ha tomado mas precauciones la ley para evitarlos. Nada era mas frecuente que obtenerse la posesion de bienes, á los que quizá no tenia derecho el que la pedia. Siendo la posesion una derivacion del dominio ó mas bien, no siendo la propiedad sino una posesion sancionada por la ley: no siendo en este caso la posesion un hecho, puesto que el que la pide no la tiene, no estrañamos que la ley haya exigido un titulo, y además, que la cosa se halle vacía, por decirlo así, ó lo que es lo mismo, sin un poseedor que pueda presentar un titulo.

Estos requisitos los exige el art. 694 disponiendo, que *para que proceda el interdicto de adquirir son requisitos indispensables: 1.º la presentacion de título suficiente para adquirir la posesion con arreglo á derecho: 2.º que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario los bienes cuya posesion se pida, dando la razon de esta disposicion tan equitativa, porque el que los poseyere no puede ser privado de su posesion sin ser oido y vencido en juicio.*

Es evidente que por título se entenderá una escritura que atribuya derecho á la posesion, ó lo que es lo mismo, que confiera derecho para obtenerla. Una escritura de venta lo atribuye al comprador, un testamento al heredero ó legatario, etc. ¿Pero solo las escrituras, los instrumentos públicos pueden considerarse en la categoría de títulos? Nosotros entendemos que no debe interpretarse con tanta restriccion el artículo. Si uno muere sin testar y sin hijos y así resulta de su partida de óbito, el que la presente y exhiba tambien las partidas que acrediten su parentesco y su derecho á heredarle, podrá decirse que presenta título suficiente para adquirir la posesion. En Aragon la viuda que exhiba la partida de defuncion de su marido, la de su matrimonio y una certificacion que acredite no haber pasado á segundas' nupcias, presenta un verdadero título para adquirir la posesion de los bienes que fueron del marido, á fin de gozar en ellos el usufructo foral ó viudedad. Con estos ejemplos nos parece que queda suficientemente ilustrada la materia.

Pero además de la exhibicion del título, segun hemos manifestado, se exige para que este interdicto proceda, que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario, por que puede haber otra posesion que no obste para la concesion de la del interdicto, v. gr. la de arrendatario ó colono, la que tenga uno en prenda, etc. La duda que puede ofrecerse es la de si acerca de no tener otro la posesion como dueño ó usufructuario deberá suministrarse prueba mediante informacion de testigos; opinamos que no será necesaria, pues sino, lo hubiese dicho terminantemente como en el art. 710. Así que somos de dictámen, que bastará que se afirme este estremo en el escrito, en el supuesto de que si se hiciese una aseveracion falsa, redundaría en daño del que promueve el interdicto. Además este es un hecho negativo, que como todos los de esta especie no admiten prueba directa. Bastará en nuestro concepto que

esprese en el escrito que nadie posee á título de dueño ó de usufructuario. En materia bien delicada por cierto, como son las cuestiones de competencia, solo se exige la afirmacion al intentar uno de los medios, el de la declinatoria ó inhibitoria, de no haber intentado el otro. Por identidad de razon lo mismo debe bastar en el presente caso, mereciendo asimismo que se tenga en cuenta, que cuando se pide por ab-intestato basta que se afirme que el difunto no ha otorgado disposicion y que se niegue lo contrario.

Una cuestion puede ofrecerse: si el que insta el interdicto hubiere afirmado que no hay otro que posea á título de dueño ó de usufructuario y no fuera asi, si no que lo hubieses, podrá este comparecer desde luego á reclamar ó deberá verificarlo dentro de los 60 dias que marca el art. 702? Creemos que aunque la ley no lo diga ni nada establezca acerca del particular, si uno que está poseyendo con título llegase á saber que otro gestiona para obtener el interdicto de adquirir, puede comparecer á prevencion para evitar que se provea, y si provisto auto otorgando la posesion se diese esta, desde luego el que por este medio se ve perturbado podria recurrir en conformidad al art. 702.

De la tramitacion de este interdicto.

Intentado el interdicto, el juez examinará el título en que se funde (693): verá si es suficiente para pedir la posesion, si la produce ó da derecho para obtenerla al que lo presenta, si el instrumento tiene todas las solemnidades y requisitos que exige la ley, porque no habiendo parte en estas primeras diligencias, el juez debe ser mas escrupuloso: y dictará auto otorgando la posesion sin perjuicio de tercero, ó denegándola. Del auto (696) en que se deniegue la posesion puede pedirse reposicion dentro de tercero dia, y si el juez no la otorgare, queda espedito el recurso de apelacion. Esta (697) se admitirá en ambos efectos, remitiendose en seguida los autos á la audiencia con citacion solo del que los haya promovido, porque no hay mas parte que él en los autos; pero juzgamos que si el que posee y teme ser perturbado hubiese comparecido á prevencion, segun hemos espuesto al suscitar hace poco esta cuestion, habria necesidad de citarlo.

Hasta aqui hemos hablado del caso en que se negare la pose-

sion; pero pronunciado auto (698) otorgándola se procederá á darla en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás por alguacil, á quien se conferirá comision al efecto y ante escribano. Se harán tambien las intimaciones necesarias á los inquilinos y colonos de los demás bienes, ó á los que puedan tener algunos bajo su custodia ó administracion, para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose á este objeto los exhortos ú órdenes necesarias. La posesion hasta tomarla en un fundo; pero la intimacion debe hacerse á todos los que se hallan en las fincas. Adviértase que no se exige que el juez dé la posesion, sino que le autoriza para dar comision al alguacil y para librar exhorto y órdenes, observándose lo dispuesto en los arts. 53 y 54 que hemos explicado en el tomo I.

Nada es mas conforme que lo que dispone el art. 699. *Al que haya obtenido la posesion deberá darse, si lo pidiere, testimonio del auto en que se le hubiere mandado dar y de las diligencias practicadas para su cumplimiento; porque tal vez puede serle útil acreditar estos extremos en algun pleito, ó hacer valer su posesion para reclamar de los inquilinos ó colonos los arrendamientos.*

Antiguamente la posesion se reputaba una cosa confidencial: el proveido no salia de los confines del oficio del escribano actuario: la nueva ley ha hecho una innovacion dirigida á evitar que bajo las apariencias de legalidad se cometan usurpaciones. A este fin ordena la publicidad en el art. 700 estableciendo que *dada la posesion, el juez dispondrá que el auto en que se haya mandado dar se publique por edictos, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el juzgado, é insertará en los periódicos de él, si los hubiere, y en el Boletín oficial de la provincia. De este modo se evitarán sorpresas y amaños, y la toma de posesion irá acompañada de una presuncion favorable, pues no solo mediará el auto del juez, sino tambien el silencio y la aquiescencia general. Asi es que pasados sesenta dias desde la fecha en que se hubiere insertado el auto en el Boletín oficial de la provincia sin que nadie se haya presentado á reclamar, se amparará en la posesion al que la hubiere obtenido, y no se admitirá reclamacion contra ella. Quedará solo al que se crea perjudicado la accion de propiedad, durante cuyo juicio deberá conservarse en la posesion al que la haya adquirido (701).*

No hasta, pues, para legitimar la posesion y atribuirle el carácter de una ejecutoria que el juez la otorgue, es indispensable que no haya reclamacion dentro de sesenta dias, porque si dentro de dicho término (702) se presentare alguno con otro título reclamando la posesion, se comunicará por tres dias al que la haya obtenido. De lo que espusiere este se dará copia al reclamante; y mandará acto continuo el juez convocarlos á juicio verbal, al cual podrán asistir sus respectivos defensores (por tales entendemos tambien á los abogados) para alegar sus derechos á poseer: (trátándose del derecho era muy conforme que aquellos pudiesen asistir): en este juicio podrán presentarse documentos y testigos. Se estenderá la oportuna acta de él, que suscribirán el juez y los interesados, los testigos que hubieren sido examinados y el escribano. Los documentos que se presenten se unirán á los autos.

Concluido el juicio verbal y dentro del dia siguiente, el juez dictará sentencia (703), la cual determinará amparar en la posesion al que la haya obtenido, ó darla al reclamante con todas sus consecuencias dejando sin efecto la dada anteriormente. En este último caso, si resultare haber procedido dolosamente, el que promovió el interdicto (por ejemplo, afirmando que nadie poseia á título de dueño ó usufructuario), será condenado en costas y á la indemnizacion de daños y perjuicios. Estos deberán fijarse en la manera que prescribe el art. 707, que dispone lo siguiente: Si hubiere condena de costas, se hará inmediatamente la tasacion. Si hubiere condena de frutos ó de daños y perjuicios, se fijará su importe en juicio verbal, en el cual con presencia de lo que las partes aleguen y de los documentos que produzcan, determinará el juez lo que debe abonarse. Contra esta declaracion no se dará ningun recurso, quedando á salvo su derecho á las partes para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan.

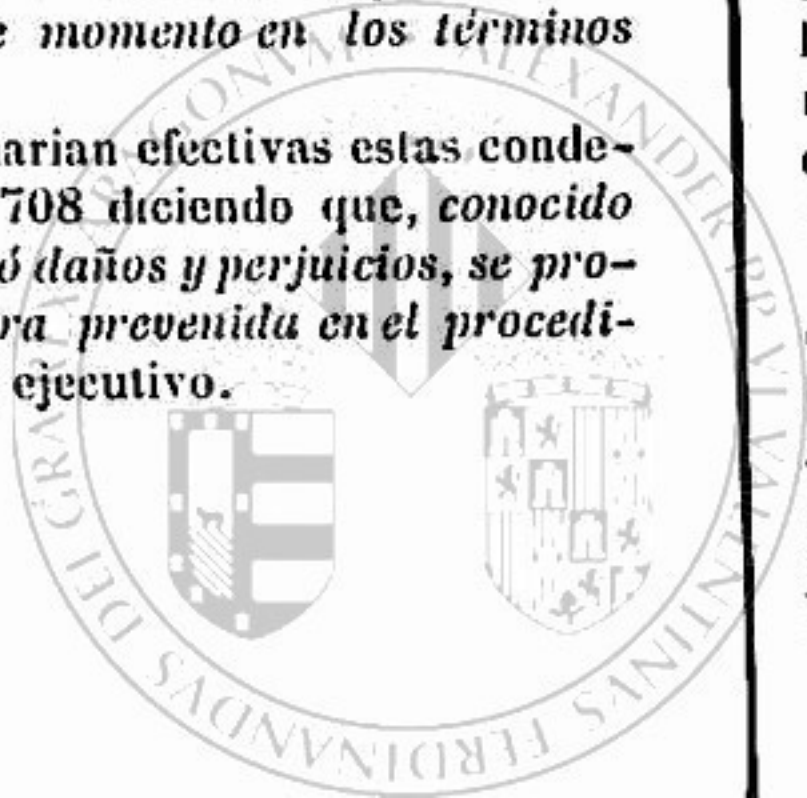
Aquí debemos hacer una observacion: para que recaiga la condenacion de costas, en nuestro concepto no es necesaria la peticion de la parte, porque basta que el juez vea temeridad ó dolo en el litigante para que las imponga en la sentencia, pero para que se condene en daños y perjuicios, es de necesidad que se reclamen formalmente en los escritos que deben cruzarse y juicio verbal que ha de celebrarse en conformidad al art. 702. ¿Podrá en este juicio hacerse justificacion acerca de los daños y perjui-

cio? Aunque la cuestion debe considerarse limitada al derecho respectivo de las partes á poseer , opinamos que conviene distinguir. En el juicio verbal de que habla el art. 702 , podrá hacerse mencion de los daños y perjuicios, mostrar en qué consisten, porque si asi no se hiciera, no podrian calificarse en la sentencia; pero la justificacion de su importe se reserva para cuando el fallo constituye una ejecutoria , aunque tampoco hallaríamos inconveniente en que el que se supone perjudicado hiciese la justificacion del importe , pues lejos de causar daño hace favor á su adversario concediéndole mas amplitud para la defensa y el beneficio de una instancia si recayere condenacion. Nos mueven á interpretar de este modo la ley dos consideraciones : 1.^a , el no estar prohibido el paso que indicamos : 2.^a , porque segun puede verse en el artículo 65, la mente de la ley y su voto es, que si es dable, la sentencia sea bien concreta sobre este particular. De consiguiente, no puede suponerse que se falte á la ley por terminar de una vez el negocio , escusando otro trámite y evitando nuevas costas y dilaciones.

Vamos ahora á examinar el recurso que se concede contra la sentencia que se pronuncie en este interdicto y demás resultados de su pronunciamiento. *La sentencia (704) de que habla el art. (705) es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia con citacion de las partes.*

Si no se apelare, queda la sentencia (705) consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad de ninguna declaracion y se procederá á ejecutarla inmediatamente. En su consecuencia (706), si se hubiere mandado en ella dar la posesion al reclamante, se le dará sin pérdida de momento en los términos prevenidos en el art. 698.

Restaba solo manifestar cómo se harian efectivas estas condenaciones, y esto lo determina el art. 708 diciendo que, *conocido el importe de las costas, de los frutos ó daños y perjuicios, se procederá á hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio, despues del juicio ejecutivo.*



CAPITULO XX.

Del interdicto de retener.

Este es en realidad un verdadero interdicto, porque el de adquirir la posesion solo puede apellidarse impropiamente con este dictado. Es mas bien la deduccion de una accion meramente posesoria para adquirirla. El interdicto de retener tiende al amparo de una posesion adquirida: á evitar, no solo las violencias, sino las contradicciones, en una palabra, todo acto que impida la libre disposicion de la cosa. Pero la nueva ley ha cortado un abuso, y es el de que, con la falsa alegacion de una perturbacion soñada, mejorase cualquiera su posicion. Habia muchas personas que llenas de una astuta prevision, fingian perturbaciones para obtener amparos y prepararse medios de defensa contra terceros, que desapercibidos de pronto, callaban ignorando las consecuencias de un paso sobre el cual no fijaban la consideracion, ó que les parecia indiferente. La nueva ley encabeza la seccion con la máxima que contiene el art. 709 diciendo: *el interdicto de retener la posesion solo tiene lugar cuando ha habido conatos manifestados por algun acto exterior de turbar ó inquietar en ella al que la tuviere*. Es preciso, pues, 1.º, que no sea una perturbacion ficticia, sino real: 2.º, que no sea una perturbacion consumada, sino intentada: que haya conatos ó tentativas, no consumacion: si la perturbacion se hubiera realizado, si la posesion hubiere dejado de tenerse ó se hubiera embarazado de un modo efectivo en sus usos, entonces habria despojo, y el interdicto que procedería seria el de recobrar.

Hechas estas esplicaciones, la ley pasa á señalar la manera con que este interdicto debe solicitarse, determinando (art. 710) que *el que intente el interdicto de retener la posesion, al formular su demanda, ofrezca informacion para acreditar: 1.º, que se halla en posesion: 2.º, que se le ha tratado de inquietar en ella, expresando el acto que lo haya hecho temer*. En este articulo no se hace mas que desenvolver el principio que contiene el anterior.

Admitida la demanda (pues el juez puede repelerla como todas si no viene en regla), mandará recibir y recibirá la informacion ofrecida (711).

La ley se limita en el art. 710 á exigir la justificacion de que el que promueve el interdicto se halla en posesion, ¿pero de qué posesion se habla? ¿Se refiere ó la simplemente de hecho, ó lo que es lo mismo, á la mera tenencia de la cosa, á la de hecho y voluntad ó sea á la tenencia de una cosa con ánimo de escluir á los otros de su uso, á la natural, que consiste en tener uno la cosa por sí mismo corporalmente, ó á la civil, que consiste en tener la cosa habitual ó mentalmente, como cuando uno sale de su casa ó heredad? ¿Bastará la posesion momentánea, ó se se exigirá la de año y dia, ó á lo menos de 30 dias para otorgar el amparo? En nuestro concepto, no habiendo la ley de Enjuiciamiento alterado las disposiciones que antes regian sobre la posesion, deberán observarse las antiguas para calificarla ó no de manutenable; debiendo manifestar que, dirigiéndose este interdicto á proteger al poseedor y á asegurarle en lo que posee, evitando trastornos y fuerzas, todo el que justifique posesion, debe ser amparado, segun lo convence el art. 716, en el que únicamente se admiten pruebas sobre la posesion ó no posesion, esto es; se atiende al hecho y no al derecho.

Si dada la informacion no resultaren acreditados los dos extremos referidos, declarará el juez no haber lugar al interdicto (712): cuya providencia es apelable en ambos efectos, Interpuesto el recurso se remitirán los autos al tribunal con citacion solo del que haya promovido el interdicto (713): por que todavía no hay otra parte. Asi se previene tambien con respeto al primer proveido del juicio ejecutivo, art. 947, tomo II, página 104, por razones de las que muchas son aplicables á este caso.

Hasta aqui poco ó nada se diferenciaba la tramitacion de este interdicto de la antigua: en adelante principia una marcada diversidad: *si de la informacion (714) resultaren comprobados los dos extremos espresados en el art. 710, el juez convocará á juicio verbal al que haya entablado el interdicto y al que resulte haber intentado inquietarlo en la posesion.*

¿Y cómo se hará esta convocacion? La ley no lo dice, pero en su silencio opinamos que se hará en la misma forma que en el jui-

cio de menor cuantía, arts. 1,157 y siguientes explicados página 93 de este tomo.

Nos resta ahora examinar la manera en que debe celebrarse el juicio, pruebas que pueden admitirse y forma de la sentencia, como tambien el recurso que se concede contra ella y modo de llevarse á ejecucion si se confirmare ó consintiere. Vamos á continuar nuestra tarea.

En el juicio verbal (715) oirá el juez á los interesados y admitirá las pruebas que adujeren. De este juicio se estenderá un acta en que con claridad y precision se consignarán lo alegado por las partes, las pruebas aducidas y las manifestaciones de los testigos. Todos los presentes incluso los testigos, firmarán el acta y se unirán provisionalmente á los autos los documentos que se hayan producido.

Reduciéndose el juicio verbal á una comparecencia en que las partes alegan y presentan testigos, claro es que debia estenderse acta de lo que ocurriese, porque de otra suerte ni podria conservarse en la memoria lo que alegáran las partes y declarasen los testigos, ni resolver la audiencia con el debido acierto si el juez de primera instancia habia fallado en conformidad á lo alegado y probado. Por los presentes que han de firmar el acta se entiende además del juez y escribano los defensores de las partes y estas si asistieren. La union provisional de los documentos dice relacion al art. 725 que ordena *que á las partes que lo solicitaren se devolverán los documentos que hayan presentado, quedando en autos nota bastante espresiva de los otorgantes, de su objeto, de su fecha y si fueren públicos del registro en que se hallen archivados. A las veces puede ser necesario recurrir á estas noticias.*

Sobre dos ejes gira la demanda del que promueve un interdicto, sobre la posesion y sobre los intentos ó conatos de perturbacion. Estos son los hechos cardinales y en sentido afirmativo ó negativo á ellos debe concretarse la prueba. Asi lo preceptúa el art. 716 disponiendo que *solo son admisibles en este juicio las pruebas que tengan por objeto acreditar la posesion ó no posesion del que haya promovido el interdicto, y la verdad ó falsedad de los actos del demandado, que hayan podido revelar su propósito de inquietarlo en ella. Cualesquiera otras pruebas son inadmisibles y si se adujeren no deberian ser tomadas en consideracion, sin perjuicio del dere-*

*del que las haya traído que podrá ejercitar en el juicio correspondiente. Las pruebas en todo pleito deben ser concretas á la cuestion que se ventile, y como la que se agita en este interdicto es la de si posee el que lo intentó y si efectivamente hubo conatos de perturbacion, seria estemporáneo venir con justificaciones de dominio y otras análogas, mayormente cuando en el art. 719 se dispone que *cualquiera que sea la sentencia, (ora se dicte en favor de una parte ora en favor de la otra) se agregará siempre la fórmula de sin perjuicio, y se reservará á los que por ella fueren condenados, el ejercicio de la demanda de propiedad que pueda corresponderles con arreglo á derechos.**

Por mas que se suponga una minuciosidad y una superabundancia el que se coloquen esas frases en la sentencia, no podemos menos de aprobarlas, ya porque asi se impide que se abuse de un fallo posesorio, dándole una estension indebida, ya tambien por que así se sabrá qué derechos le quedan reservados al que ha sido vencido en un interdicto.

Del tenor del artículo que acabamos de citar fluye una consecuencia y es la de que instado el interdicto de retener y decidido mediante sentencia entrambas partes, quedan privadas de instar el juicio plenario posesorio. La demostracion es evidente, toda vez que solo les queda reservado el derecho de propiedad. Pero si el interdicto no se ha promovido ¿cabrá instar una demanda puramente posesoria en la que con toda la amplitud de un civil ordinario se ventile sobre la posesion ó mas bien sobre el derecho de poseer? Nosotros opinamos que no hay obstáculo legal para que esta demanda se inste y se agite, mas si antes este juicio era poco comun menos debe serlo en lo sucesivo.

Volvamos al exámen de la tramitacion. *Concluido el juicio verbal, el juez dentro de las veinte y cuatro horas siguientes dictará sentencia, la cual deberá limitarse á una de las dos declaraciones siguientes: 1.ª no haber lugar al interdicto (717). Si la sentencia fuere denegándolo se condenará en costas al actor (718). (Seguramente las merece el que supuso tener una posesion de que carecia ó fingió una turbacion imaginaria, obligando por su cavilosidad á que otro viniese á juicio). 2.ª Haber lugar al interdicto y mantener en la posesion al que la haya solicitado, mandando hacer las consiguientes intimaciones al que resulte haberse pro-*

puesto turbarla (717). Si la sentencia fuere otorgando el interdicto, se condenará en costas al demandado (718). Es digno de esta demostracion el que intentó perturbar al que estaba en la posesion.

El art. 720 ordena que *las sentencias declarando haber ó no lugar al interdicto, son apelables en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia con citacion de las partes.*

Pero tambien era preciso decir qué es lo que se haria si la sentencia no se apelare: *entonces queda consentida y pasada de derecho en autoridad de cosa juzgada sin necesidad de ninguna declaracion, procediéndose en seguida á su ejecucion y cumplimiento (721).*

Por último, en este interdicto se hace la declaracion tantas veces repetida de que *tasadas las costas se procederá por apremio á hacer efectivo su importe (722),* disposicion que ya se halla comentada, y que creemos inoportuno por lo tanto examinar de nuevo.

CAPITULO XXI.

Del interdicto de recobrar.

El interdicto de recobrar ha sido siempre el mas privilegiado; el interdicto por escelencia; se ha reputado una institucion de órden, como la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos; como un medio de proteccion á los particulares contra todo género de demasías cometidas contra los poseedores. Ha sido, pues, proclamado como un axioma salvador de la sociedad el de que el despojado debia ser ante todas cosas restituido, *spoliatus aute omnia restituendus*: axioma tutelar, y á cuyo abrigo descansan la propiedad y la posesion debidamente amparadas.

Esponer el método que se observaba antes en la sustanciacion de este interdicto, no serviria mas que para aumentar el volúmen de esta obra y tal vez para complicar las ideas: asi es que nos limitaremos á examinar las disposiciones de la ley vigente.

Lo primero que debe llamar nuestra atención es lo que debe hacer el que pide la restitución: lo que hallamos claramente fijado en el art. 724. *El que solicite que se le restituya la posesión de que haya sido despojado debe ofrecer información sobre los hechos siguientes: 1.º, hallarse él ó su causante en posesión ó tenencia de la cosa de que haya sido despojado: 2.º, haber sido despojado de esta posesión ó tenencia designando el autor del despojo.* Bajo diversos conceptos debe reputarse indispensable esta información. La restitución es una providencia trascendentalísima, de consecuencias sumamente graves: es la reparación de un atentado, y no puede concederse sin que precisamente conste el exceso. Si cuando solo se trata del interdicto de retener se exige que se justifique la posesión, mucho más debe ser indispensable esta justificación cuando va á acordarse el lanzamiento de aquel que se halla poseyendo una cosa aunque sea á virtud de un acto ilegítimo. Por lo tanto, es sumamente lógico y conforme con las restantes disposiciones de la ley, que para reponer al querellante en su antiguo estado se le haga acreditar cuál era este estado, el de su posesión, y que ha cesado á consecuencia de un acto que merece por su ilegalidad una pronta reparación.

Antiguamente esta se concedía sin audiencia, pero la nueva ley ha establecido una variación sobre la materia: variación que consiste en dejar á la elección del despojado el que se oiga ó no al despojante; esta opción en nada altera los principios elementales de la justicia; permanece ileso el axioma de que la restitución desde luego debe acordarse al paso que se permite al despojado que abrevie los trámites, no oponiéndose á que se llame al despojador para que manifieste las razones que haya tenido para conducirse como se condujo. Por eso el art. 724 citado anteriormente previene que *deberá además expresar la demanda si se conforma con que se dé audiencia al que se llame despojante, ó si quiere que sin ella el juez falle sobre el despojo.*

En el último caso, (en el de que pida la restitución) al mismo tiempo que solicite la información, propondrá la fianza á satisfacción del juez para responder de cualesquiera perjuicios que puedan resultar de la restitución (724).

Esta es una novedad introducida por la nueva ley y que no consideramos fundada; porque si justifica los extremos que se le

prescriben, ¿qué motivo hay para que se le exija un afianzamiento? ¿No es poner un obstáculo á la reparacion? ¿Cuántos por no encontrar una fianza se verán precisados á suscribir á la audiencia? Estos inconvenientes serán mayores si se considera que debe darse un afianzamiento en forma, como dice el art. 726.

Con respecto á la fianza la ley no dice ya mas (726), sino que *podrá ser de cualquiera de las clases con tal que el juez la estime suficiente.*

Presentada la demanda, (si se halla adornada de los requisitos convenientes y se admite por lo tanto), *el juez mandará recibir y recibirá la informacion*: la cual *deberá ser á lo menos de tres testigos (725)*: advertencia que se hace sin duda por la gravedad que encierran los hechos que se someten á la justificacion. Entonces *dada que sea la informacion y resultando comprobados los dos extremos referidos*, (la posesion y el despojo), *el juez, si hubiese ofrecido fianza á su satisfaccion y previo el otorgamiento de ella en forma, decretará la restitucion con todas sus consecuencias (726). Decretada la restitucion se verificará inmediatamente, haciendo al que resulte despojante las prevenciones y apercibimientos correspondientes.*

Pero ora se otorgue, ora se niegue la restitucion, concédese recurso al interesado, al que le hiera la providencia que dictó el juez y esta es la doctrina que contienen los artículos de la ley, que transcribiremos con muy sucintas esplicaciones, pues seguramente no las merecen puntos meramente rutinarios, y con respecto á los cuales la memoria y no el discurso es lo que debe valer. *Si el juez, dice el art. 728, denegare la restitucion, la sentencia en que lo hiciere es apelable en ambos efectos*: esta apelacion únicamente puede intentarla el que ha pedido el despojo, porque á ningun otro perjudica. *Interpuesta la apelacion se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion del actor, única parte conocida. Pero de la providencia en que se otorgare la restitucion puede apelar el despojante (729)*; porque á él le daña este mandato y porque su apelacion, como que se admite en el efecto devolutivo, no causa detrimento al despojado. Únicamente se retarda á este el percibo de costas, el de los frutos y perjuicios segun dice el mismo artículo: *interpuesta la apelacion se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion de ambas partes* (pues la contienda ya es entre los

dos, pretendiendo el uno sostener el acuerdo del juez y el otro impugnarlo) pero esto será *despues que sea ejecutada la providencia, menos en la condena de costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios*: porque estos son puntos que pueden sin peligro sufrir dilacion. Algun efecto era necesario conceder á la alzada.

La ley pasa á examinar las consecuencias de esta instancia determinando, 750 que *si la providencia denegatoria fuere revocada, se ejecutará la restitution y harán efectivas las condenas que se impongan al despojante, quedándole reservado su derecho en juicio ordinario. Mas (751) si la sentencia en que se otorgare la restitution fuere confirmada, se procederá, devueltos que sean los autos, á hacer efectivas la condena de costas, la indemnizacion de perjuicios y la devolucion de frutos, quedando al despojante á salvo su derecho que podrá ejercitar en juicio ordinario. ¿Y cuál será el resultado de la ejecucion de la sentencia? ¿Cómo se harán efectivas las condenaciones? Las costas se tasarán previamente (752) en la forma ordinaria. Vid., tomo I pág. 485 El importe de los perjuicios y de los frutos lo fijará el juez de la manera prevenida en el art. 707 explicado en la pag. 217 de este tomo, advirtiéndose de nuevo que *contra la providencia que sobre esto dictare, no habrá lugar á recurso alguno, con la misma reserva establecida en el art. 707, esto es, la del juicio ordinario.**

Pero si *la sentencia en que se hubiere otorgado la restitution (755) fuere revocada, se cumplirá inmediatamente lo que se mande por el Tribunal Superior, quedando á ambos interesados á salvo su derecho en juicio ordinario. A este efecto añade el artículo, si debieren exigirse del actor costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios, se procederá previamente á determinar su importe en la forma que queda prevenida. Este es un caso distinto del que contiene el art. 729; allí se trata de las condenaciones que se imponen al despojante: en el art. 755 de las que se considera merecedor el que supuso haber sido despojado. A no ser así, no podriamos combinar el sentido del art. 755 con el 729, que prohíbe se hagan efectivas ciertas condenaciones.*

De la tramitacion cuando no se diere fianza.

Si al intentar el interdicto no se ofreciere fianza (734), dada informacion por el actor, convocará el juez á ambas partes á juicio verbal, á cuyo acto podrán concurrir los respectivos defensores y con presencia de sus alegaciones y pruebas que adujeren, pronunciará sentencia dentro de las 24 horas siguientes.

Los artículos posteriores no contienen mas que disposiciones relativas á la ritualidad. Del juicio verbal (735) se estenderá la oportuna acta, que firmarán el juez, el escribano, los interesados y los testigos si se hubieren examinado. Los documentos presentados se unirán á los autos. Si la sentencia fuere denegatoria de la restitucion, es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion de ambas partes, (del despojante y despojado.)

Otra vez, al continuar el exámen de la tramitacion, se prevenen los dos casos que ya se indicaron antes al tratar del procedimiento en que media la fianza. Si se accediere en la sentencia (736) á la restitucion, podrá apelar el despojante: no obstante la interposicion de este recurso, se llevará á efecto la restitucion, aplazando la ejecucion de las extremos de la sentencia relativos á costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios para despues de ejecutoriada. Verificada la restitucion, se remitirán los autos al Tribunal Superior con citacion de ambas partes. Confirmada (737) ó revocada la sentencia, se procederá en el primer caso á ejecutarla en los extremos en que no estuviere cumplida en la forma prevenida en los arts. 707 y 708, y en el 2.º, á llevar á efecto lo que el Tribunal Superior hubiere ordenado.

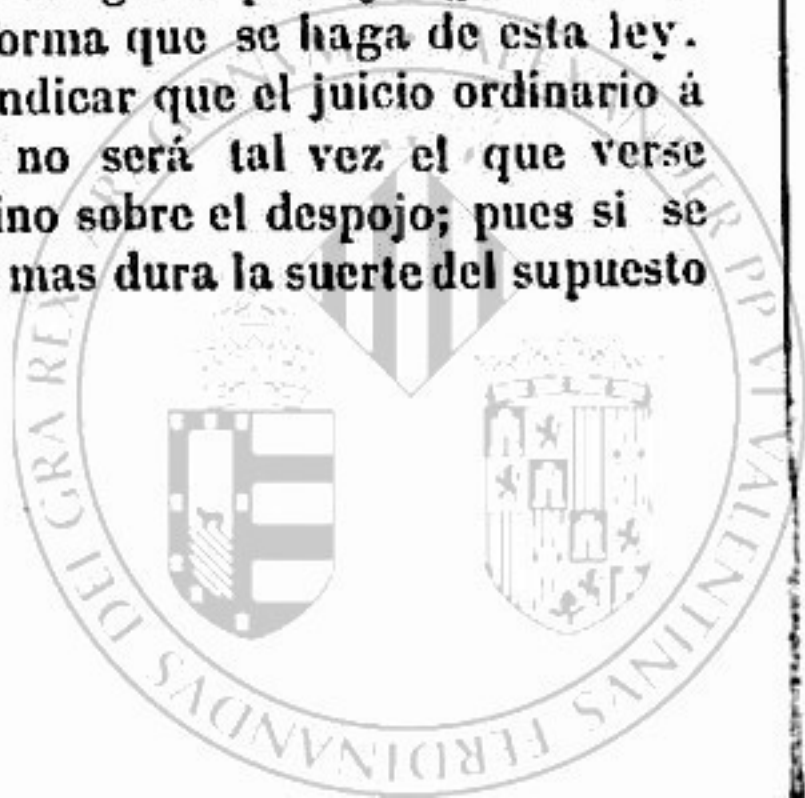
Solo la recta razon y las anteriores esplicaciones bastan para comprender el sentido de estos artículos que señalan la ritualidad del procedimiento. En cuanto al fondo si que cabe decir algo de mas interesante, y por eso hemos reservado para este lugar las siguientes

Observaciones sobre la diversa tramitacion del interdicto de recobrar.

El exámen de la ley con respecto á las dos maneras de proceder en los dos casos que señala, nos ofrece efectos absolutamente diversos. Cuando el actor diere fianza se cierran absolutamente los labios del titulado despojador, á quien ya no se le oye de un modo eficaz, pues aunque por el art. 729 se le permite que apele, es-a apelacion no le atribuye derecho para hacer probanzas ni alegatos, puesto que los autos se le comunican meramente (762) para instruccion. No puede presentar testigos, ni tachar los de su adversario, porque el apelante no se halla en el caso del art. 764. ¿No es esto demasiado violento? Con solo presentar fianza se deja en manos de uno que se pretenda despojado el medio de impedir que su adversario practique prueba alguna y descubra las manio-bras que haya empleado para á título de despojo ponerse en la posesion de lo que no le correspondia tener. ¿Es tan difícil encontrar tres testigos que declaren? El juicio ordinario es un remedio tardío y costoso, y no acertamos, cómo si en el segundo modo de proceder en este interdicto se permite al que se acusa de despoja-dor practicar pruebas y presentar documentos, no se le habia de permitir tambien en el primero, sin perjuicio de que el actor quedase reintegrado en la posesion.

Estas observaciones nos parecen de gran peso y dignas de ser tomadas en consideracion en la reforma que se haga de esta ley.

Entre tanto, nos atrevemos á indicar que el juicio ordinario á que se refieren los arts. 731 y 733 no será tal vez el que verse precisamente sobre la propiedad, sino sobre el despojo; pues si se entendiese en este sentido seria aun mas dura la suerte del supuesto despojador.



CAPITULO XXII.

Del interdicto de obra nueva.

Este interdicto corresponde á la clase de aquellos que denomina el señor Escriche con el nombre de *prohibitorios*, porque aunque en general todos en último resultado contienen prohibicion, este, como dice aquel autor, es una accion que tiene por objeto que se impida á otro hacer alguna cosa que puede perjudicarnos, como el levantamiento de un edificio ó fábrica. En los otros interdictos se trata de impedir actos que llegan hasta nuestra misma cosa: el que insta el de retener se propone reprimir las tentativas ó conatos de despojo: el de recobrar se dirige á obtener la reparacion de actos que nos han perjudicado por medio de una invasion: pero puede suceder que sin llegar materialmente á la finca que poseemos, se nos perjudique. Edificando á cierta distancia puede privarse de viento á nuestra hera: construyendo una presa antes de nuestro molino, pueden dejarse inmóviles sus ruedas. Se nos priva del viento y del agua sin llegar á nuestra heredad, y sin que advirtamos tentativas de perturbacion: la ley debia otorgar remedio en estos casos y lo ha concedido estableciendo el *interdicto de obra nueva*.

Se promoverá presentando una demanda, en la que haciendo relacion de la nueva obra ó labor que está ejecutando cierta persona, se manifestará los perjuicios que ocasiona, concluyendo con su denuncia y pidiendo se acuerde la cesacion ó suspension, notificándose al dueño y operarios bajo las penas de derecho, mandando que se ponga diligencia del estado de la obra, y acordando á su tiempo la demolicion.

Presentada que sea la demanda (738) para la suspension de cualquiera obra nueva, la decretará el juez provisionalmente, dejándose en el sitio en que estuviere haciéndose un dependiente para que cuide de que sea cumplida la suspension. Nos parece que el colocar un dependiente para impedir la continuacion de la obra es una precaucion escesiva y demasiadamente costosa: así que en-

tendemos que esta determinacion se entenderá no de tal modo que haya de haber un dependiente del juzgado que esté de guardia mientras se ventila el interdicto, sino que este dependiente no se moverá de aquel punto hasta que se verifique real y efectivamente la suspension. Aunque no prevenga el artículo que se tome razon de la obra, el buen sentido lo aconseja. *Desde entonces (desde que se notifique el decreto), y mientras esté pendiente el interdicto, nada podrá hacerse en la obra mas que lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya la edificado; (v. gr., cubrir un tejado para que las aguas no arruinen el edificio, y aunque la ley no lo diga podrá hacerse tambien aquello que sea indispensable para evitar daños y desgracias, por ejemplo, si se abrió un pozo podrá cubrirse para evitar que caigan en él los transeúntes): y esto con autorizacion del juez, añade el art. 758, á fin de evitar demasías, pues con este pretesto seria muy fácil cometerlas.*

Dado este paso de la denuncia era imposible detenerse: los perjuicios serian trascendentales, y por eso previene la ley, que *en el mismo auto de la suspension se convocará á juicio verbal al denunciante y al denunciado, previniéndoles que traigan los documentos en que respectivamente funden sus pretensiones. A este juicio podrán concurrir los defensores de los interesados: porque van á ventilarse cuestiones de derecho, que exigirán la pericia de los letrados.*

La convocacion se hará por los medios y en la forma establecida para los juicios de menor cuantía.

Es muy digno de notarse que en el art. 758 al hablar del juicio verbal nada se dice de que en él puedan admitirse testigos, limitándose á decir que el juez les prevendrá que traigan los documentos en que funden sus pretensiones. ¿De estas palabras debe inferir una absoluta exclusion de la prueba testimonial? No la consideramos fundada, porque puede haber casos en que únicamente pueda producirse esta prueba y que sea sumamente eficaz y decisiva. Supongamos, por ejemplo, que uno trate de ejecutar una obra que ya en otra ocasion trató de hacer, y á virtud de un requerimiento verbal y estrajudicial se abstuvo de continuar. Este hecho es decisivo y solo puede acreditarse por medio de testigos, si la parte no lo reconoce. Sin embargo, no es preciso que se olvi-

de al tratar de las pruebas que deben admitirse, que atendido el espíritu de esta sección, y sobre todo del art. 747, solo se trata de una providencia interina que no puede causar estado si no á virtud de un prolongado consentimiento ó inacción.

Como que los fundamentos para acordar la suspensión ó continuación de la obra pueden hallarse en la obra misma y en el examen de varias particularidades, dispone el art. 759 que *el juez, si lo estimare necesario, podrá trasladarse, antes de dictar sentencia, al lugar de la obra para decidir con mas acierto. Tambien podrá nombrar para que lo acompañe á la inspeccion, perito cuyo dictámen se estenderá en los autos.* Este viene á ser un auto para mejor proveer: véase lo que decimos á la página 76 de este tomo. El perito que nombre el juez para que lo ilustre, ¿podrá ser recusado? Si la recusacion no es admisible con respecto á los peritos que nombren las partes, y solo tiene lugar en cuanto al tercero, art. 505, núm. 9, ¿deberá privarse al juez de los derechos que tienen las partes? Sin embargo de esta razon quizás pueda sostenerse que la recusacion deberia admitirse, porque al fin este perito va á tener una grande influencia en la resolucion de la cuestion litigiosa y puede en la realidad considerarse como un tercero. Además, tales pueden ser los vicios del perito nombrado por el juez, que fuese el sacrificio de su propia causa por parte de un litigante, consentir que continuase ejerciendo sus funciones.

Añade el artículo, *á esta diligencia podrán concurrir las partes si lo solicitaren, sus defensores y los peritos que ellas mismas designen.*

Y si acordado el reconocimiento por el juez y nombrado perito por este, comparecieren las partes y propusieren peritos, ¿deberá continuar el nombrado por el juez? Deberia á nuestro juicio continuar si no fuese recusado, porque deberia considerarse como un tercero nombrado con anticipacion. Aconsejaríamos al juez que para evitar estas complicaciones, siempre que tratase de una inspeccion ocular, en la que conceptúe necesaria la ilustracion que puedan darle los peritos, dicte auto en el cual al paso que acuerde dicha inspeccion, mande á las partes que los nombren. Si discordasen, siempre le queda el medio de buscar mayor ilustracion en un tercero.

Siendo la inspeccion una prueba interesante, el art. 740 or-

dena que tanto del juicio como de la diligencia de inspeccion se estenderán las oportunas actas en que se consignent sus resultados. Estas actas deberán ser firmadas por los que á ellas hayan concurrido: disposicion repetida y que pudiera haberse consignado en un artículo general para todos los juicios.

Era necesario impedir que á pretesto de estas diligencias se causasen retardos y dilaciones en la decision de una cuestion que sumariamente debe decidirse y para que se evite este escollo el artículo 741 dispone que *entre el juicio y la diligencia de inspeccion no podrán mediar mas que tres dias, á no exigir mayor dilacion alguna causa extraordinaria é inseparable.* Y que dentro de los tres dias siguientes al en que la diligencia de inspeccion haya tenido lugar ó de la celebracion del juicio, sino hubiere habido inspeccion, el juez dictará sentencia.

Despues de seguir los trámites marcados para llegar al pronunciamiento de la sentencia, se hace preciso que descendamos á examinar las dos que pueden pronunciarse y sus consecuencias. O puede confirmarse la suspension ó revocarse.

Si se ratificare (mas propio nos pareceria haber usado del verbo confirmar) dice el art. 743, *la suspension de la obra, se procederá á ejecutarla ante escribano por alguacil que se comisione al efecto, estendiéndose en los autos la oportuna diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, y apercibiendo al que la estuviere ejecutando con la demolicion á su costa de lo que de allí en adelante edificare.*

Muchas observaciones nos ofrece este artículo: prescindiendo de que nos parece en este caso mas técnico el verbo confirmar que el de ratificar, y que no hallamos castiza la frase *ejecutar la suspension*, creemos que si esta se halla ya acordada por primera providencia y notificada, como que no debe haber ni juez tan imperito que no mande estender diligencia del estado de la obra, ni escribano que no la estienda, creemos, repetimos, que si se confirma por la sentencia el auto de suspension, no hay necesidad de todos estos pasos, á no ser que con permiso del juez se hubiesen ejecutado obras y no se hubiesen visitado por el alguacil y escribano poniendo diligencia de su estado. ¿Qué es lo que manda la sentencia? Que continúe la suspension. ¿Y qué suspension? La acordada en primera providencia. Debiendo considerarse las cosas en aquel

estado no opinamos que sea necesario ejecutar la sentencia de suspension. Sin embargo, la ley lo manda y será preciso cumplir sus preceptos, aunque en nuestro concepto sea inútil ó á lo menos innecesaria esta diligencia.

Siendo ejecutiva la sentencia en que se ratificare la suspension, no puede dudarse que es apelable solo en un efecto (744). Interpuesto el recurso y ejecutada que sea la suspension, se remitirán los autos á la audiencia citadas las partes. Si no se apelaré, queda de derecho consentida la sentencia sin necesidad de declaracion alguna (id.)

Todavía era indispensable descender á otras particularidades sobre los efectos y consecuencias del fallo que confirmase la sustanciacion, y derechos que atribuye á las partes. *Si se consintiere la sentencia, ó apelada se confirmare, tendrá derecho el dueño de la obra suspendida á pedir autorizacion para continuarla (745). Pero no se podrá conceder autorizacion para continuar ninguna obra suspendida sin que al tiempo de pedirse se deduzca la oportuna demanda para que se declare el derecho á continuarla. Otorgada la autorizacion, esta demanda seguirá los trámites del juicio ordinario (747).*

Al hablar el art. 745 de la pretension de la continuacion de la obra, añade, *el juez accederá á esta solicitud si de la suspension de la obra se siguieren grandes perjuicios, con tal que el que la hubiere formulado dé fianza suficiente á su juicio para responder de la demolicion y de la indemnizacion de perjuicios, que de continuarse puedan seguirse, si así se mandare por ejecutoria: esto es, si la demolicion y la indemnizacion se acordase en la sentencia ejecutoriada.*

La providencia que recayere (746) sobre el incidente de que habla el artículo anterior, (ó sea el de licencia para continuar) es apelable en ambos efectos: por que no debe haber inconveniente en que la suspension continúe, que es el estado que tienen las cosas. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia citadas las partes.

Ahora corresponde hablar del otro caso, á saber; del en que la suspension se revocase. Entonces si no se ratificare la suspension de la obra, procederá la apelacion en ambos efectos. *Interpuesta la apelacion se remitirán los autos al Tribunal Superior con ci-*

tacion de ambas partes. (742) De esta segunda instancia hablaremos despues.

Resumiendo lo espuesto podremos reducir á breves corolarios el contenido de esta seccion.

1.º El interdicto de nueva obra tiene por objeto suspender la ejecucion de la que perjudica al querellante: 2.º esta demanda lleva consigo, cuando se presenta debidamente formalizada, la suspension de la nueva obra: 3.º este proveido debe comprender asimismo la convocatoria á un juicio verbal: 4.º el fallo seguirá inmediatamente: 5.º se concederá el remedio de la apelacion con una diferencia notable, cual es la de que si se confirma la suspension, la apelacion del denunciado se admitirá en un solo efecto, y si no se confirma, la del apelante se admitirá en ambos efectos, quedando el denunciado en este caso libre para continuar la obra: 6.º que tanto despues de provisto el auto de suspension como la sentencia confirmándola, si se desea obtener permiso para continuar la obra, es preciso presentar la demanda sobre el derecho.

Una cuestion se ofrece, y es la siguiente: si se confirmase en la sentencia el auto de suspension de la obra y admitiese el juez de primera instancia la apelacion ¿podrá este mismo juez á pesar de que admitida la apelacion carece de jurisdiccion conceder permiso para la continuacion de la obra? Nosotros estamos por la afirmativa: 1.º porque el juez de primera instancia debe reservarse testimonio in causa para las incidencias que ocurran, y una de ellas es el permiso: 2.º porque para conceder el permiso tiene que presentarse demanda, que atribuye jurisdiccion al juez: 3.º por el tenor del del art. 743: 4.º porque si se hubiese de acudir á la superioridad se desnaturalizaría la tramitacion de la segunda instancia.

CAPITULO XXIII.

Del interdicto de obra vieja.

A pesar de que en el tomo I, pag. 212 al hablar de las facultadas de los jueces de paz hicimos algunas indicaciones sobre este interdicto, nos es forzoso ahora tratar de él con mas amplitud.

explicando estensamente todas las reglas que contienen los artículos desde el 748 hasta el 759 inclusive.

La legislación romana conocia este remedio bajo el nombre de *actio damni infecti*. El título 52 de la Partida 3.^a contiene todo lo relativo á las labores nuevas y viejas, y la ley 10, con ese lenguaje sencillo y magestuoso que encanta por su sabor á antigüedad, dice que «los edificios antiguos fallecen é quieren se derribar por vejez, é los vecinos que están cerca de ellos temense de recibir daño..... é que el juzgador del lugar puede é debe mandar á los señores de aquellos edificios que los enderecen ó que los derriben.»

Nada de nuevo podia establecerse en cuanto a la esencia, que no estuviese dispuesto y prevenido en las antiguas leyes.

El art. 748 no ha hecho otra cosa que reducir á la forma de artículo la disposicion de la ley de Partida. *El interdicto de obra vieja, dice, puede tener dos objetos.*

1.º *La adopcion de medidas urgentes para evitar los riesgos.*

2.º *Obtener la demolicion.* Esto es, enderezarlos ó derribarlos.

Determinado el objeto de este interdicto, correspondia fijar las personas que podrián hacer uso de él para no dejar un arbitrio ilimitado, é impedir que una accion preservatoria se convirtiese en un medio de persecucion. *Solo podrán intentarlo de consiguiente. (749.)*

1.º *Los que tengan alguna propiedad contigua ó inmediata que pueda resentirse ó padecer por la ruina.*

2.º *Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio ó construccion que amenazare ruina.*

Son dignas de estudio las palabras de la ley: habla de *propiedad contigua* y de *propiedad inmediata*. Con efecto: las casas pueden estar unidas de modo que la ruinoso en su desplome arrebate la otra y la eche á tierra: pueden hallarse separadas pero no distantes, de suerte que la caída de todo ó parte del edificio inmediato le cause daño. Justo es que el propietario que teme estos males de un edificio contiguo ó inmediato que esté ruinoso, tenga derecho para reclamar. Debemos advertir que con este interdicto se podrá intentar que se eviten los perjuicios que ocasiona un vecino con una escavacion imprudente, con la introduccion de aguas que se rezumen y trasminen: que tambien puede acontecer que un vecino

tenga en su jardín un árbol que esté espuesto á caer y que con su caída pueda ocasionar perjuicios al edificio inmediato. En la letra de la ley no se hallarán estas acciones, pero sí en su espíritu.

Hemos visto que aun los que no tienen propiedad contigua ó inmediata pueden deducir esta acción teniendo necesidad de pasar por las inmediaciones, y se entiende por necesidad (750) para los efectos del art. 749 la que no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado el denunciante del ejercicio de un derecho, ó sin que se le siga conocido perjuicio en sus intereses ó grave molestia á juicio del juez. Pondremos ejemplos para mayor ilustración: si el denunciante no puede pasar con los recelos de la ruina por donde antes pasaba, queda privado del ejercicio de un derecho: se le seguirá conocido perjuicio en sus intereses, si fuese preciso que enviase sus carros y caballerías por un camino mas largo: ó si con este motivo tuviese que trasladar sus granos y efectos á otro punto; v. gr., si la filtración del agua deteriorase los frutos de sus trojes ó maleare los géneros que tuviese en su almacén ó tienda. Finalmente se le ocasionaría una grave molestia si en vez de salir por una puerta se viese obligado á salir por otra: ó si á consecuencia de las vigas que se colocasen para sostener por tiempo indefinido un edificio ruinoso, se le impidiese la vista y se le privase de los goces que antes tenia sin este impedimento.

Nada dice la ley sobre si deben ó no justificarse estos extremos. Nosotros no creemos que esta justificación sea necesaria: 1.º porque en casos de esta naturaleza debe hacerse un reconocimiento en que podrá constar lo alegado: 2.º, porque en un negocio de tal urgencia la justificación demoraria la resolución que prontamente debería adoptarse.

Con nuestra opinión está de acuerdo el art. 751 que previene, que deducido el interdicto, para la adopción de medidas urgentes de precaución, el juez, previa inspección que hará por sí de la obra, acompañado de perito, que nombrará al efecto, decretará las medidas oportunas para procurar provisional é interinamente la debida seguridad. Siendo cuanto ejecuta el juez en este caso un acto de precaución, una medida que tiende á evitar desgracias, nada podrá paralizarla y de consiguiente no será lícito recusar el perito que nombre. Esta es á lo menos nuestra opinión, que suponemos fundada.

Consecuencia de este principio es la disposicion de la segunda parte del artículo sobre que *á la ejecucion de estas medidas serán compelidos el dueño, su administrador ó apoderado, el inquilino por cuenta de alquileres, y en defecto de estos se ejecutará á costa del actor, reservándoles su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le causen.*

Siendo urgente la ejecucion de estas disposiciones no podrá adoptarse otro rumbo, pero al mismo tiempo *el juez podrá denegar las medidas de precaucion solicitadas si de la inspeccion que haga con el perito no resulta urgencia (752):* porque no hay razon para que se obligue á un vecino á gastos innecesarios puramente por capricho ajeno. *Las providencias que el juez dictare otorgando ó denegando las medidas urgentes de precaucion no son apelables (753).* La providencia del juez se dicta á vista de un hecho notorio é intergiversable: no cabe el recurso en una materia notoria y urgente, con peligro de desgracias trascendentales.

Hasta ahora solo hemos tratado de reparaciones mas ó menos costosas, de medidas que aunque prontas no sean de la mayor consecuencia: por eso no se concede audiencia al condenado; pero no sucede asi cuando se trata de un caso mas grave, cual es el de la demolicion. *Si el interdicto, dice el art. 754, tuviere por objeto la demolicion de algun edificio, deducida que sea la demanda, el juez convocará á las partes á juicio verbal, al que podrán asistir sus respectivos defensores: oirá sus alegaciones y sus testigos y examinará los documentos que presenten. Estos se mirarán á los autos. De este juicio se estenderá la oportuna acta, que suscribirán los que á él hayan concurrido.*

Muy raro parece que sobre una cuestion en que únicamente se ventila si el edificio se halla ruinoso y con este estado ocasiona perjuicios al denunciante, se hayan de presentar documentos: sin embargo, puede haber casos en que su produccion sea interesante y contribuya al esclarecimiento del punto. Si ya en otra época se promovió igual solicitud y fué desestimada, la certificacion de la ejecutoria puede ser un documento muy útil: si las incomodidades que sufre el actor debe sufrirlas á consecuencia del establecimiento de una servidumbre, tambien podrá convenir en gran manera la exhibicion de la escritura en que así conste. El dictámen unánime y fundado de peritos sobre la solidez de la obra, ó la circunstancia

de ser un edificio monumental cuya conservacion interesa á las artes, etc., si se justifican con documentos pueden ser útiles. Otros casos podrian citarse.

Pero en cuestiones de esta naturaleza el juicio pericial es lo mas decisivo, y por eso el art. 755 le da la preferencia, disponiendo que: *si por el resultado del juicio el juez lo creyere necesario, podrá practicar por sí mismo una inspeccion de la obra, acompañado de perito que nombre al efecto: los interesados concurriran si quieren á esta diligencia, acompañados de sus defensores y peritos de su nombramiento.* Infiérese del tenor de este artículo que el perito que nombre el juez para que le ilustre, no podrá ser recusado, porque en este caso, no solo se trata de un interés particular sino de otro superior, cual es el de evitar desgracias en las personas. El artículo dice, que de la inspeccion se *estenderá la oportuna acta que suscribirán todos los que hayan concurrido.*

En el interdicto de demolicion no va á dictarse una mera providencia como en el de precaucion, sino una sentencia formal. Aquella deberá dictarse dentro de las veinticuatro horas, *esta dentro de los tres dias siguientes al en que hubieren terminado el juicio verbal, ó la práctica de la diligencia de inspeccion, si esta hubiere tenido lugar (756).*

Cualquiera que sea la sentencia es apelable en ambos efectos (757), ó lo que es lo mismo, si se apela se suspenderá la demolicion: pero en el caso de ordenarse (esta en la sentencia) y de resultar del juicio y la urgencia de ella, deberá el juez antes de remitir los autos á la audiencia, decretar y hacer que se ejecuten las medidas de precaucion que estime necesarias, en la forma que queda indicada al tratar del interdicto que tiene por objeto la adopcion de ellas (758). Este es un término medio, un modo equitativo de conservar el edificio hasta la resolucion de la audiencia y de evitar desgracias, que si sobreviniesen, serian irremediables.

Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia citadas las partes (757). Hasta las palabras del artículo demuestran que la apelacion debe admitirse sin sustanciacion. De la que debe tener este interdicto en segunda instancia, hablaremos cuando tratemos de las apelaciones. Únicamente añadiremos que

devueltos los autos por la audiencia, se llevará á efecto lo determinado en la ejecutoria (769). Entonces, ya cabe demoler sin ningun reparo ni oposicion. El asunto se ha ventilado completamente.

CAPITULO XXIV.

Del juicio arbitral.

No bastaba, segun el sistema de una buena ley, que los litigantes pudiesen someter la decision de sus diferencias á cualquiera de los juzgados anteriormente constituidos por el supremo imperante (art. 2, 3, 4, núm. 1.º del 3.º), era conforme asimismo que se les permitiera constituir un tribunal, obra exclusiva de su voluntad. En esa libertad tan grande, tan ilimitada, consiste una de las principales garantías del ciudadano: elegir el juez que nos ha de juzgar es lo mismo que constituirmos á nosotros mismos como verdaderamente soberanos, pudiendo decir si somos condenados; esa condenacion es obra nuestra, nadie sino nosotros mismos la hemos dictado, toda vez que el juez que la pronuncia ha recibido de nosotros mismos la investidura. Asi sucede á nuestros monarcas, cuyos magistrados aunque nombrados por la corona, repelen las pretensiones de la corona misma y condenan las del fisco ó del real patrimonio. Este si que es un acto de soberania mas digno, mas elevado y mas útil que no hacer piruetas en un ejercicio.

Con razon dice Mr. Bousquet, que si inquirimos el origen del juicio arbitral seria preciso subir á la infancia de las sociedades. Antes que se instituyeran tribunales regulares, siempre que las partes no podian ponerse de acuerdo, las contiendas se sometian á la decision de vecinos, de amigos comunes, de ancianos sabios y respetados por su justificacion.

En Atenas eran conocidos los arbitros, y tambien en Roma que fué imitadora de la legislacion griega.

La Ordenanza de Moulins en Francia, establecia en ciertos

casos la obligación en los parientes de sujetar sus diferencias al fallo también de próximos parientes y amigos.

En España desde el Fuero Juzgo se conoció legalmente el juicio de árbitros. Véanse las leyes 13, 16 y 25 del tít I, lib. II. Las promulgadas por don Alonso el Sabio reglamentaron esta institución en varios títulos de la Partida 4.^a, y la Nov. Recop. añadió nuevas decisiones. Bien merecen examinarse estas leyes para el completo conocimiento de esta materia. El Código de comercio estableció ciertos arbitrazgos necesarios ó forzosos y la ley de Enjuiciamiento mercantil señaló el procedimiento desde el art. 252 en adelante. La introducción de la conciliación hizo más comunes los juicios arbitrales, de manera que era ya una necesidad fijar las reglas á que debían conformarse los árbitros y amigables componedores para ejercer una jurisdicción, que por lo mismo que era voluntaria, necesitaba someterse á ciertas prescripciones razonables que evitasen los abusos.

Pero dejando á un lado estas observaciones generales, creemos necesario distinguir dos clases de arbitrazgo, uno forzoso y otro voluntario: el 1.^o se concreta y limita á los negocios que la ley ha resuelto se terminen en tribunal de árbitros, v. gr., las diferencias que tengan entre sí los socios: el 2.^o ó sea el voluntario, en general se aplica á toda clase de asuntos. Para este se ha creado expresamente el procedimiento que vamos á examinar; procedimiento que consideramos conveniente, pues necesario era regularizar la forma de proceder los árbitros, sujetándoles por este medio á cierta especie de responsabilidad, y evitando que las partes se encontrasen con una sentencia que ordinariamente á todas descontentaba, porque ninguna había sido oída debidamente. La ley de enjuiciamiento mercantil en su tít. VI, art. 252 y siguientes presentó un modelo que imitar.

Siguiendo nuestro sistema dividiremos la materia en los siguientes puntos.

- 1.^o Personas que pueden comprometer en árbitros.
- 2.^o Asuntos que pueden someterse á arbitrazgo y cuales no.
- 3.^o Circunstancias que debe tener el arbitrazgo para su validez: causas por las que cesa ó se suspende.
- 4.^o De la aceptación del arbitrazgo.
- 5.^o De la recusación de los árbitros y de los arbitradores.

6.º Obligaciones de los árbitros y su responsabilidad.

7.º Tramitación del arbitrazgo, audiencia de las partes, prueba, modo de dirimir la discordia; sentencia.

8.º Recursos que se conceden para la reforma de la sentencia arbitral y modo de deducirlos.

1.º — *Personas que pueden comprometer en árbitros.*

De una manera negativa resuelve la ley este punto. El artículo 771 dice que *las personas que no tienen aptitud legal para obligarse no pueden contraer este compromiso*. De manera que es necesario venir por medio de exclusiones á fijarla comprensión del artículo, así como también exigió una esplicación amplia el 12, que declaró que solo podían comparecer en juicio los que tenían el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Los menores, pues, en conformidad á la ley 25, tit. 4.º, Partida 5.ª, los locos, furiosos, mentecatos y pródigos, los concursados, quebrados ó intervenidos, las corporaciones y establecimientos públicos, el gobierno en cuanto á las contiendas de la hacienda pública; el tutor, el curador, el marido, el administrador judicial, el defensor de una herencia ó de acreedores ausentes, la mujer casada sin autorización de su marido, el mandatario que carece del poder especial, el liquidador y por último, el gerente de una sociedad mercantil, (1) no podrán sujetarse á un compromiso, poniéndose bajo la autoridad de jueces elegidos á su voluntad.

2.º — *Asuntos que pueden someterse á arbitrazgo y cuáles no.*

El beneficio del arbitrazgo consiste en su generalidad, ó mas bien en su universalidad, salvas contadas excepciones. Si el juicio arbitral se hubiese escotimado; si se hubiera limitado su uso extraordinariamente; si se hubiesen cerrado las puertas de este tribunal doméstico y amistoso, las ventajas hubieran sido poco considerables. La ley ha sido generosa. *Toda contestacion (770) entre partes, antes ó despues de deducida en juicio, y cualquiera que sea el estado de este, puede someterse á la decision de jueces árbitros.*

(1) Véase desarrollada esta materia en el tomo 5.º de la *Enciclopedia española*, página 406.

Nada importa que las partes hayan desoido la voz conciliadora del juez de paz antes de incohar una demanda; que no hayan escuchado tampoco las súplicas de sus amigos, las exhortaciones de sus abogados: siempre hay tiempo para volver al templo de la concordia: siempre es sazón para que recaiga esta decisión amigable. Los árbitros ocuparán el lugar de los jueces de primera instancia y de los magistrados de audiencia, porque *si el compromiso se celebrare para fallar un pleito que se halle en segunda instancia los árbitros continuarán esta con arreglo á derecho, y su fallo surtirá los mismos efectos que el de la audiencia.* (817.)

Pero en medio de tanta libertad y anchura solo dos escepciones se establecen, y son las de que *no pueden* (772) *comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas, ni las en que deba intervenir el ministerio fiscal con arreglo á las leyes.*

Estado civil, segun Merlin, es la condicion de una persona, en tanto que es hija natural ó adoptiva de tal padre ó de tal madre, legítima ó bastarda, casada ó no casada, divorciada ó no, viva ó muerta, ora natural, ora civilmente.

Las cuestiones de estado son las que tienen por objeto arreglar, segun estas diversas circunstancias, la condicion civil de una persona, cuando se ve atacada en aquella en cuya posesion se encuentra, ó reclama un estado del cual jamás ha gozado.

No hay cuestion de estado, sin embargo, (decia un jurisconsulto para evitar abusivas ampliaciones) sino cuando se disputa la cualidad de una persona como miembro de una familia.

Por mas aficionados que fuesen los romanos al juicio de árbitros, no lo concedian en las causas de libertad ó ingenuidad, porque en favor de la libertad se establece que deben tratarlas, *judices majores*, los jueces de rango superior. Véase la ley 24, título 4.º, Partida 3.ª

Hay materias, dice un jurisconsulto francés, que son de tal naturaleza, de tal importancia en el orden moral y político, que no pueden someterse al arbitrazgo: á esta clase pertenecen las cuestiones que no versan simplemente sobre el interés privado, sino que afectan el público. A tal categoría corresponde la legitimidad, el estado de una persona; un particular puede abandonar sus intereses, pero no puede desfigurar su ser, perder su estado y condicion poniendo en peligro unos bienes, cuya defensa toma de su

cuenta la misma sociedad, que por mas confianza que dispense á los árbitros, cree que no ofrecen las garantías ni la misma independencia que los jueces revestidos por la ley y jefe del Estado de su autoridad.

Asi como la ley no consiente que el ciudadano enagene su libertad y se someta aunque voluntariamente á la servidumbre, tampoco permite que se pueda establecer arbitrazgo sobre cuestiones que afecten la condicion de la persona, entre otras razones, porque estas contiendas no se limitan precisamente á su persona, sino que trascienden á su descendencia ó á su parentela.

Los asuntos en que deba intervenir el ministerio fiscal tampoco pueden someterse á la decision de árbitros, porque como tambien decia un jurisconsulto francés, si la organizacion judicial admite hace siglos en ciertos negocios á oficiales que tienen á su cargo el ejercicio del ministerio público, hubiera sido una inconveniencia escluirlos de su examen y censura por medio del nombramiento de árbitros.

5.º — Circunstancias que debe tener el arbitrazgo para su validez: causas por las que cesa ó se suspende.

Al arbitrazgo debe preceder el compromiso; una obligacion solemne de pasar por lo que decidan los árbitros. *El compromiso (775) ha de formalizarse necesariamente en escritura pública, y será nulo en cualquiera otra forma que se contrajere.* Seguramente, una escritura debe considerarse necesaria para derogar el derecho comun. Debe ser este un acto solemne, y ninguno exige mayores garantías que aquel por el cual se crean jueces, que han de decidir de nuestros intereses y con ellos de nuestra suerte y ventura. Sin embargo, parece que la escritura no será necesaria cuando se sometan á árbitros las partes en un juicio de conciliacion (212, 216).

Esa escritura (774) ha de contener precisamente:

- 1.º *Los nombres y domicilio de los que la otorguen.*
- 2.º *Los nombres y domicilio de los árbitros.*
- 3.º *El negocio que se someta al fallo arbitral con espresion de sus circunstancias.*

Si bien se reflexiona la escritura seria ciega, si determinada é

inepta como dicen los jurisconsultos, sino especificase cuanto se exige en los tres números que preceden. Pasemos al exámen de los demás.

Debe contener asimismo :

4.º *La designacion de tercero para caso de discordia, previniendo, que no podrá conferirse por las partes la facultad de nombrarlo á ninguna otra persona.*

Esta es una novedad, pero en nuestro concepto útil y razonable que se ha hecho. En todo arbitrazgo debe evitarse que el que se somete á él se esponga á contingencias impremeditadas, y esto sucederia no sabiendo quién ha de ser el árbitro tercero y sujetándose á que lo nombrase otra persona. El legislador debe preveer lo que no preveen los particulares. Muchas desgracias e injusticias nacen de la debilidad y de las condescendencias de los hombres. A las veces el encargado de nombrar tercero, se figura que no tiene influencia ninguna el nombramiento de la persona que se le propone, y con su condescendencia completa el sistema de una intriga meditada de antemano, y cuya realizacion consiste en la eleccion de un juez ó preocupado ó parcial. Par á la suerte tambien la eleccion de un tercero es muy duro. El que este práctico en los negocios conocerá la exactitud de nuestras reflexiones y el acierto de la ley.

Tambien debe contener la escritura de compromiso:

5.º *El plazo en que los árbitros y el tercero en su caso han de pronunciar la sentencia.* La razon es bien clara; si plazo no se señalase, no habria mas que la consagracion de una arbitrariedad monstruosa; que una denegacion indefinida de justicia.

6.º *La estipulacion de una multa, que deberá pagar la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realizacion del compromiso.* Precaucion sumamente útil, porque de esta suerte se precisa á las partes á obedecer los mandatos de unos jueces voluntariamente elegidos.

7.º *La estipulacion de otra multa, que el que se alzare del fallo deberá pagar al que se conformare con él, para poder ser oido.* Esta condicion no la consideramos tan justa, porque si hay agravio, ¿qué motivo existe para que la apelacion no se admita? Y si se admite y la superioridad califica el agravio y declara revocando la sentencia justa la apelacion, ¿qué fundamento podrá haber

para imponer tal gravamen al que se alza de una sentencia injusta? Si se se revoca ¿no sería justo que se le restituyese?

8.º *La fecha en que se otorgare el compromiso.* Además, el artículo 775 establece una sancion diciendo que, *la escritura en que falte cualquiera de las circunstancias expresadas en el anterior será nula.*

Tenemos, pues, en la informalidad ó vicios de la escritura un defecto que ataca la esencia del compromiso y que lo constituye de ningun valor.

El compromiso desaparece por la nulidad intrínseca de la escritura.

Pero á pesar de su validez, puede quedar sin resultado por causas posteriores: y puede tambien quedar en suspenso.

Hablaremos desde luego del primer caso. El art. 786 dispone que, *el compromiso cesa en sus efectos:*

1.º *Por la voluntad unánime de las partes.* Nada mas natural que siendo el vínculo de una obligacion la voluntad, la misma voluntad lo desate.

2.º *Por el transcurso del término señalado en el compromiso sin haberse pronunciado sentencia: sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros, si por su culpa ha trascurrido inútilmente dicho término.* Los árbitros son jueces á quienes se les faculta para fallar dentro de cierto término: mas claro, su investidura se halla limitada á cierto período que se les señala: si transcurre sin que decidan, sus facultades espiran. Pero si despues de la aceptacion no cumplen con su encargo, quedarán sujetos á la responsabilidad consiguiente.

Hay casos tambien en que queda ineficaz el compromiso por la falta de aceptacion de los árbitros, segun se halla dispuesto en los artículos 780 y 781 que transcribiremos literalmente al hablar de la aceptacion, cuando las partes nombran, de comun acuerdo, un árbitro; y esto acontece tambien en cuanto al tercero: la voluntad de los interesados se halla de tal suerte concretada á esta persona, que no aceptando la misma, el arbitrazgo queda ineficaz. Falta, con efecto, la causa impulsiva de la voluntad, del consentimiento, la razon porque convinieron en aquel arreglo.

Hemos hablado de los casos en que el compromiso se anula: puede quedar suspenso por la eleccion de una persona que carez-

ca de las cualidades necesarias por la no aceptación: por la muerte.

En el art. 776 se dispone que *el nombramiento de jueces árbitros no puede recaer mas que en letrados, mayores de 25 años, y que estén en el pleno goce de los derechos civiles: pero en seguida añade el 777 que, no se invalidará el compromiso aunque en cualquiera de los nombrados faltare alguna de las circunstancias prescritas en el artículo anterior: pero la parte que haya nombrado al que no las reuna, será obligada á elegir, en el término de tercero dia á otro en quien concurren.*

La no aceptación del árbitro, tampoco destruye el arbitrazgo, cuando cada parte nombrare uno: pero no si entrambas hubiesen nombrado á uno mismo ó se tratase del tercero, 779, 780 y 781.

La muerte de los árbitros (787) ó de cualquiera de ellos producirá los mismos efectos que la no aceptación. En estos casos se suspenderá el juicio, si hubiere comenzado, pero nombrado que sea el que hubiere fallecido continuará desde el estado que tuviera al tiempo de la suspension.

4.º — De la aceptación del arbitrazgo.

Hay obligaciones que no se contraen sino meramente por voluntad, ó lo que es lo mismo, en las que es necesaria la aceptación. Asi sucede con las letras de cambio: asi acontece tambien con el encargo de árbitro. La aceptación es el origen de la obligación.

Otorgada la escritura, se presentará á los árbitros y al tercero para su aceptación. De la aceptación ó de la negativa, se extenderá á continuacion diligencia, que firmarán con el escribano (778). Asi debia hacerse. Los árbitros son jueces voluntarios, y su carácter y representado principia únicamente cuando lo aceptan. Por consiguiente, es indispensable que este acto, que es el origen de sus empeños, la raiz y el fundamento de sus obligaciones conste da una manera fehaciente y ciertísima.

Preciso era que se previniese lo que debia ejecutarse en el caso que un árbitro no aceptase: y esto lo prevee el art. 779, disponiendo que, *si alguno de los árbitros no aceptase, se obligará á la parte que lo hubiere nombrado á que dentro de tercero dia eli-*

ja otro. en el caso de que cada uno de los interesados hubiere hecho el nombramiento de su árbitro: porque (780) si cada parte no hubiere nombrado un árbitro, sino que de comun acuerdo hubieren hecho el nombramiento, quedará sin efecto el compromiso, si no convinieren en el reemplazo del que no haya aceptado. Y (781) lo mismo sucederá si el que hubiere reusado la aceptación fuere el árbitro tercero.

5.º — De la recusacion de los árbitros y de los arbitradores. (1)

La injusticia y la parcialidad pueden introducirse aun en un tribunal creado por la mera voluntad del litigante: y aun aquel mismo que nombró con un noble entusiasmo al juez, puede concebir desconfianza. La recusacion no podia negarse aun con respecto á los árbitros, pero la ley presume que el que los nombra no ignoró sus cualidades y circunstancias, que era sabedor de todo su pasado, y si tienen algun defecto lo supone borrado con el bautismo de la eleccion. Por eso dispone el art. 784 lo siguiente. *Los árbitros solo son recusables por causa que haya sobrevenido despues del compromiso, ó que se ignorara al celebrarlo.* Lo mismo se establece con respecto á los amigables componedores en el artículo 854. Sin embargo, como esta no es mas que una presuncion, se deja á salvo la recusacion cuando se ignorase la causa al tiempo de celebrar el compromiso, o contraerlo como dice el artículo 854.

Pero ¿bastará decir que se ignoraba esta causa? ¿Debe producirse alguna justificacion de esta ignorancia? ¿Es posible esta justificacion? En nuestra opinion no es suficiente en general que se diga que se ignoraba una causa, sino que es preciso que se aduzcan razones y argumentos convincentes á lo menos, ya que no pruebas, de que el que recusa no sabia el defecto de que adolecia el árbitro nombrado. ¿Cómo puede presumirse que uno buscase para juez á un sugeto que tuviera un interés directo en el pleito, ó que decidiéndolo en cierto sentido se procurase á sí mismo una ventaja? Si probase, sin embargo, estos hechos, la recusacion no podría dejar de admitirse. Además debe distinguirse entre hechos notorios

(1) Hemos comprendido aqui tambien la recusacion de los arbitradores, por evitar repeticiones en el capítulo siguiente.

y otros que no lo son: entre hechos que han sido públicos y otros que se han cubierto con el velo del misterio. En esta materia la prudencia y el buen juicio son los que han de decidir, debiendo manifestar nosotros nuestra opinion, que es la de que así que nazca una duda razonable de que el que nombró el árbitro ignoraba su defecto, debe admitirse la recusacion, por ser sumamente violento que á fuerza se sujete á una persona al juicio de un hombre que considera parcial.

Con respecto á las causas de recusacion y modo de proponerlas el art. 785 no deja nada que desear. Dice este artículo. *Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los demás jueces. La recusacion debe hacerse ante ellos mismos. Si no accedieren, la parte que la haya propuesto podrá repetir la recusacion ante el juez de primera instancia del partido en que resida el árbitro recusado, ó cualquiera de ellos si fuere recusado mas de uno.*

Mientras se sustancia el recurso de recusacion ante el juez de primera instancia, quedará en suspenso el juicio arbitral, debiendo continuar despues que sobre la recusacion haya recaído ejecutoria.

El art. 855 determina que la recusacion ha de intentarse ante los mismos amigables componedores: y que si no accedieren, se observará lo que está prevenido en el art. 785 respecto á los jueces árbitros.

Es de advertir que las únicas causas por las que pueden recusarse los amigables componedores son las siguientes: 1.ª, tener interés en el asunto que sea objeto del juicio: 2.ª, enemistad manifiesta. Véase la pág. 512, tomo I.

6.ª—Obligaciones de los árbitros y su responsabilidad.

Los árbitros principian á ser jueces desde su aceptacion: desde entonces están obligados á observar todos los trámites y á verificar cuanto la ley les exige para que pronuncien con acierto su fallo.

Los árbitros (782) pronunciarán su fallo sobre todos los puntos sometidos á su decision dentro del plazo señalado en el compromiso, porque su jurisdiccion, como ya se ha dicho, está limitada á cierto periodo: aceptado el arbitrazgo tienen el deber de

pronunciar el fallo, *pronunciarán*, dice el artículo, *dentro del plazo*, y para que no haya duda acerca de su principio, añade que *este plazo correrá desde que aceptare el último* (árbitro), á semejanza de lo que dispone el art. 255, con respecto á los demandados. *El (plazo) en que debe dar su fallo el árbitro tercero correrá desde el día en que se le hubiere dado conocimiento de la discordia que esté llamado á dirimir*. Hasta entonces no puede entrar á ejercer sus funciones, debiendo nosotros manifestar que no consideramos rutinaria esta disposición, sino hija de un pensamiento profundo. La ley no quiere que el árbitro tercero entienda desde luego en el negocio, sino que quede reservado precisamente para la discordia. Si se le llamase á formar, por decirlo así, tribunal con los otros, no ejercería un acto de revisión, que le conserva íntegramente el legislador para entregar á una persona independiente y que no se ha inmiscuido en el negocio, su decisión definitiva.

La aceptación de los árbitros da derecho (785) á cada una de las partes para compelerlos á que cumplan con su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios.

7.º—*Tramitación del arbitrazgo: audiencia de las partes: prueba: modo de disimir la discordia: sentencia.*

El artículo 788 establece un principio general. *Toda la sustanciación, dice, del juicio arbitral, se hará ante escribano*. No sucederá lo que antes acontecía, de que todas las actuaciones de un arbitrazgo quedasen reducidas á meras confidencialidades, ó á lo sumo á comunicaciones oficiales que eran de datadas. Véase la ley de Enjuiciamiento mercantil, art. 252 y siguientes, y se verá que la que examinamos se ha reducido á imitarla en algunos puntos y á copiarla en otros. A ella se debe la organización de este juicio de una manera que ofrezca garantías con el señalamiento de una ritualidad constante; vamos á examinarla.

Aceptado el arbitraje, (789) los árbitros señalarán á los interesados un término, que no podrá exceder de la cuarta parte del fijado en la escritura para que formulen sus pretensiones y presenten los documentos que las apoyen respectivamente: de manera,

que si en la escritura se señaló el término de 80 días, tan solo 20 podrán señalar los árbitros para el objeto que propone el artículo.

Pero de nada serviría señalarlo, si su señalamiento no hubiese de producir responsabilidad. Así que el art. 790 dispone que, *si alguno de los interesados no lo hiciere, continuará el juicio en su rebeldía, sin perjuicio de exigirle la multa estipulada, por haber dejado de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso. A pesar de esto, en cualquiera estado del juicio se les oirá, sin retroceder en ningún caso.* Véase como un tribunal, voluntario en su origen, tiene medios de coacción, aunque indirectos, que ponen á las partes en la necesidad de respetar sus acuerdos y de hacerlos ejecutivos.

Natural era que se determinase (791) que, *de las pretensiones y documentos que se presenten en, se dará conocimiento á las partes interesadas por un término que no podrá exceder de la cuarta parte del señalado para formularlas. Si 20 días se señalaron con este objeto, cinco se otorgarán únicamente para dar esta contestación.*

¿Y cómo se utilizará este tiempo? El art. 792 lo dice: *Cada interesado podrá impugnar las pretensiones y documentos presentados por su contrario dentro del término señalado en el artículo anterior, y presentar los documentos que crea necesarios al efecto, manifestando al mismo tiempo si el juicio ha de recibirse á prueba, ó si no hay necesidad de ella.*

El examen de este artículo demuestra que únicamente debe haber en el juicio arbitral un escrito para cada parte, al paso que en el ordinario hay cuatro antes de la prueba. Pero podremos preguntar: ¿estos escritos deben suscribirse por letrados? ¿En estos juicios deben intervenir procuradores? No exceptuando los artículos 15 y 19, los juicios arbitrales parece que no podrán dejarse de valer de ellos, á no ser que el arbitrazgo versase sobre una cosa ó cantidad que pudiera haberse ventilado en juicio verbal, ó de menor cuantía.

Pasado el término (que señale 795) se recibirá el pleito á prueba, si lo hubieren solicitado ambas partes, ó aun cuando una sola lo haya pedido, sino hubiere conformidad sobre hechos de directa y conocida influencia en la cuestión sometida á los árbitros.

No es de presumir que en un juicio arbitral se deniegue la prueba, pero si se negase corresponderia á la parte el beneficio del artículo 258: y decimos que no es presumible cuando el art. 794 establece que, *aunque ninguna de las partes hubiere pedido prueba, los árbitros podrán recibir á ella los autos, determinando los hechos á que deba contraerse. En este caso la prueba no podrá ampliarse á ningun otro punto; porque este recibimiento es á manera de auto para mejor proveer.*

El término de prueba no podrá exceder (795), de la cuarta parte del señalado en el compromiso: (798) las tachas de los testigos se han de proponer y probar dentro del término que queda señalado para la prueba: lo cual es otra de las diferencias que se encuentran entre el juicio arbitral y el ordinario, en el que para la prueba de tachas se concede un término especial que podrá llegar á quince dias (522).

El art. 796 dice, que *de las pruebas que se ejecuten se permitirá tomar copia á los interesados, ó bien para contrarestarlas con otras, ó tal vez para que puedan las partes ó sus letrados hacer sobre ellas las reflexiones oportunas el dia de la vista.*

Por último, el art. 797, consigna una regla que debe tenerse muy presente, á saber es, que *son admisibles en el juicio arbitral los mismos medios de prueba que en el juicio ordinario, y que las diligencias que se propongan se practicarán con igual solemnidad y en la misma forma.*

El exámen de estos artículos nos lleva á consignar las siguientes consecuencias:

1.^a Que en el juicio arbitral no hay antes del recibimiento á prueba mas que un escrito por cada parte.

2.^a Que aunque estas no la propongan, el juez puede señalar los puntos sobre que deba hacerse.

3.^a Que el término de prueba puede variar en cuanto á su duracion segun sea el que se señale para evacuar el arbitrazgo.

4.^a Que un mismo término servirá para la prueba principal y la de tachas.

5.^a Que los mismos medios de prueba pueden aprovecharse en el juicio arbitral que en el ordinario.

6.^a Que tampoco en el juicio arbitral hay alegato de bien probado.

Con efecto: *concluido el término de prueba (799), sin necesidad de que se pida ni se presente escrito, los árbitros dictarán sentencia dentro del señalado en el compromiso que aun reste por correr.* Supongamos que el plazo que se les concedió á los árbitros para resolver el asunto fuese el de ochenta dias. La cuarta parte, ó sean veinte, se conceden (789), para deducir sus pretensiones; para contestar la cuarta parte de este ó sean cinco; para probar la cuarta parte del término del arbitrazgo, tenemos ya cuarenta y cinco dias consumidos; pero como deben emplearse algunos dias en otras diligencias, se ve que en el caso de ser ochenta dias aquel plazo quedarán poco mas de veinte dias.

Entre las diligencias que deben absorber tiempo, podemos enumerar la vista y los informes y la evacuacion de los puntos que abraza el auto para mejor proveer, porque el art. 800 determina que *los árbitros, si lo creen necesario, podrán oír á las partes ó á sus letrados antes de pronunciar sentencia*; de suerte, que aunque las partes lo pidan podrán negarlo los árbitros, sin que pueda producirse queja ni estimarse por la superioridad, atendido el tenor del artículo y su testual redaccion.

Tambien, dice el 801, podrán los árbitros: 1.º, exigir á las partes declaracion sobre hechos que no resulten probados: 2.º, hacer venir á los autos cualesquiera documentos que consideren necesarios para su decision: 3.º, ordenar el juicio pericial ó practicar cualquier reconocimiento por sí mismos. Como estas disposiciones son idénticas á las que contiene el art. 48 explicado en la pág. 344 del tomo I, escusamos reproducciones inútiles, llamando únicamente la atencion de nuestros lectores sobre una circunstancia, y es la de que en el art. 801 se omite ó no se habla del caso cuarto que contiene el artículo 48, esto es, no se faculta á los árbitros para *traer á la vista cualesquiera autos que tengan relacion con el pleito*, sin duda porque no ejerciendo jurisdiccion ordinaria los árbitros, no tienen facultad para reclamar autos que pendan en otro juzgado ó tribunal.

Para evitar dificultades y dudas era muy del caso que se manifestase la forma en que debe pronunciarse la *sentencia arbitral* y sus cualidades en cuanto al fondo y modo de notificarse. Acerca de lo primero trata el art. 802, disponiendo que *la sentencia arbitral deberá dictarse en los mismos términos y con iguales*

solemnidades que las que se han prevenido para los de los juicios ordinarios: pues no tendiendo aquellas reglas sino á procurar la claridad, no habia razon para que no se observasen en el juicio arbitral. Nos referimos, pues, á lo que dijimos sobre el particular en la pág. 555 y siguientes del tomo I.

En cuanto al fondo establece el art. 803 que *la sentencia ha de ser conforme á derecho y á lo alegado y probado*, porque los árbitros no son en realidad mas que unos jueces, que en vez de deber su nombramiento al monarca lo reciben de las mismas partes. No pueden, por lo tanto, consultar la equidad, sino la ley, y deben atenerse estrictamente á sus preceptos. Ya hicimos mención al comentar el 782 que los árbitros debian decidir todos los puntos sometidos á su juicio.

Dos casos pueden ocurrir, ó que los árbitros estén conformes ó que discorden entre sí. *Si hubiere conformidad (804) entre los árbitros, se notificará su sentencia á las partes interesadas, dentro de los tres dias siguientes al en que fuere pronunciada. Pero (805) si no hubiere conformidad, dentro de los mismos tres dias, se notificaran á las partes los votos que hubieren dado, y se pasarán los autos al tercero, estendiéndose la oportuna diligencia en que se haga constar debidamente.*

La discordia deliere el conocimiento al árbitro tercero. Este debe haber aceptado ya, pues según se tiene dicho antes de principiar las diligencias del juicio, debe asentarse irrevocablemente esta base.

Como que *el arbitro tercero para fallar necesita instruccion, podrá (806) oír á las partes ó sus defensores antes de pronunciar sentencia y decretar las demás diligencias de que habla el articulo 801.* Pero ¿no le será posible retrogradar mas, deberá tomar el proceso como se halle instruido? Nosotros entendemos que si se han hecho pruebas, por ellas deberá pasar limitándose á obtener los esclarecimientos para los que le faculta el art. 801. Pero sino se hubiese practicado prueba, ¿podrá el árbitro tercero, en conformidad del articulo 794, recibir los autos á ella sobre los hechos que el mismo proponga? Según el art. 806, parece que sus facultades se limitan a oír verbalmente á las partes y á practicar las diligencias que comprende un auto para mejor proveer. Sin embargo, nos parece que existen razones fundadas para que á un ár-

bitro tercero se le permita lo que a los otros, mayormente cuando la discordia supone ó hace presumir que el asunto no se esclareció cual debiera.

El árbitro tercero puede opinar de acuerdo con lo que alguno de sus compañeros opine, ó formar un concepto diverso. Todos estos casos se hallan previstos en la ley. *El voto del tercero (807) en lo que conviniera con él de cualquiera de los árbitros, constituye sentencia. Los puntos (808) en que no conviniera con ninguno de ellos, se someterán al fallo del juez de primera instancia competente, para que los decida.* Resolución acertadísima en nuestro concepto, porque cuando no se ha podido conseguir que los árbitros formen sentencia, parece lo mas conforme recurrir al juez de primera instancia para que resuelva; y si acaso el arbitrazgo se hubiese formado para huir de su decision, suponiéndole parcial, queda espedito el medio de recusarle. Y si el defecto que padece es de aquellos que no permiten intentarla, siempre al agraviado le queda el remedio de la apelacion á la audiencia. *El fallo del juez será sentencia (continúa dicho artículo), sea ó no conforme con el de cualquiera de los árbitros.* Estas palabras necesitan exámen: no quieren decir que el juez pueda usar de una completa arbitrariedad, sino que mediando discordia entre los árbitros, el juez no deberá someterse á la opinion de ninguno de ellos en lo relativo á los puntos de la discordia, sino que resolverá por sí mismo y con independencia lo que acerca de ellos conceptuase justo. Por ejemplo, un árbitro opina que uno de los que se sujetaron al compromiso debe dar 500 duros, otro 400: el árbitro tercero 300. El juez al dirimir la discordia puede condenar al pago de 550 ó de 600 ó de 250.

El árbitro tercero deberá decidir dentro del término del arbitrazgo y el juez de primera instancia tambien en el caso que deba desempeñar estas funciones. La ley no dice si debe considerarse caducado el arbitrazgo, si se le entregase ya espirado el término, ó sin el suficiente para fallar con acierto, aunque por regla general debe resolverse afirmativamente. Bueno será que los notarios que testifiquen las escrituras prevean este caso y tomen las correspondientes precauciones para evitar cuestiones de nulidad.

8.º *Recursos que se conceden para la reforma de la sentencia arbitral, y modo de deducirlos.*

Contra la sentencia arbitral (809) (y por tal se entiende la que dictare en discordia el juez, de primera instancia) se da el recurso de apelacion. Pero no (815) será admitido sin que el que lo interponga haya satisfecho la multa estipulada al que preste su conformidad á la sentencia. De consiguiente, si todos apelasen, no debería satisfacerse la multa.

Los méritos en que puede apoyarse el recurso de apelacion los espresa el art. 810, diciendo que, *tendrá lugar: 1.º Cuando alguno de los interesados se creyere agraviado por la sentencia, atendida la manera con que se ha resuelto la cuestion ó cuestiones en el fondo. 2.º Cuando en el juicio se hubiere cometido alguna nulidad por falta de las solemnidades, ó por la inobservancia de los trámites que quedan establecidos: pero en tal caso es necesario que se haya reclamado, que no haya mediado reparacion, y por último, que no se haya prestado consentimiento, ni tácito, ni expreso.*

El art. 811 previene que, *el recurso de apelacion debe interponerse dentro de 5 dias; declaracion innecesaria que hubiera podido comprenderse en ciertas reglas generales que debia haber establecido la ley, sin necesidad de reproducirlas para muchos casos.*

Ya en otra parte de este Tratado, pág. 477 tomo I, manifestamos que este término corria desde la notificacion de la sentencia, bien sea dictada de comun acuerdo por los árbitros ó por decision del tercero, ó por el juez de primera instancia en sus casos respectivos; á diferencia de lo que con respecto á otros términos se prescribe en el art. 25. Cotejados entrañbos nos inclinamos á creer que correrá de momento á momento, y que el escribano deberá poner la hora en que notifique la sentencia.

La apelacion se interpondrá (814) y admitirá para ante la audiencia del territorio: y (815) la sustanciacion á las apelaciones se acomodará á las reglas establecidas para las segundas instancias en los juicios ordinarios.

Contra la sentencia de la audiencia (816) confirmatoria ó re-

vocatoria del fallo de los árbitros ó del juez de primera instancia en su caso, se da el recurso de casacion cuando y en la forma en que procede en los juicios ordinarios.

Como puede acontecer que el compromiso tenga por objeto resolver un pleito que se halle en segunda instancia, y el fallo de los árbitros tenga el carácter de una sentencia de la audiencia, el art. 818 previene que, *contra este fallo solo habrá el recurso de casacion en los casos en que procede en los juicios ordinarios: pero se hace una advertencia muy oportuna y es la que en este caso, además de lo establecido para la admision de los recursos de casacion, deberá preceder al pago de la multa estipulada en el compromiso.*

El recurso de casacion no podia dejar de admitirse de una sentencia que era la última en un juicio que tenia el carácter de ordinario.

CAPITULO XXV.

Del juicio de amigables componedores.

El juicio de árbitros viene á ser un juicio ordinario en que se abrevia la tramitacion, y los jueces solo se diferencian de los otros ó sea de los ordinarios, en haber sido nombrados por las partes, porque por lo demás están obligados á fallar con arreglo á derecho, al paso que los amigables componedores decidirán *sin sujecion á formas legales y segun su saber y entender.* Segun las leyes antiguas, habia tambien una diferencia notable entre la forma con que se sustanciaban los expedientes en que intervenian los árbitros y los amigables componedores ó arbitradores como tambien se les llamaba.

La nueva ley principia señalando las cuestiones que pueden resolverse por este medio, la forma en que debe consignarse este compromiso, las personas que pueden tomar esta investidura, y las reglas de tramitacion que deben observarse hasta el pronunciamiento de la sentencia y fuerza de que esta goza.

Siguiendo el mismo método en la explicacion, principiaremos

copiando el art. 819 (fiel imitación del 770), en el que se dice: *toda contestación entre partes cualquiera que sea su estado, á excepción de las que en conformidad del art. 772 no pueden ser objeto de juicio de árbitros, puede someterse á la resolución de amigables componedores, á fin de que la decidan sin sujeción á formas legales y según su saber y entender.* De consiguiente, los mismos negocios que se esceptúan del arbitrazgo de derecho, se esceptuarán del de los amigables componedores; y con mayor fundamento cuanto que estos se hallan menos sujetos á formalidades y aun á lo dispositivo de la ley.

Aunque ninguna obligación puede contraerse sino por las personas que tengan la capacidad necesaria, el art. 820 siendo tan grave el asunto declara que *para contraer este compromiso, es indispensable tener aptitud legal para obligarse* (1). Si para el juicio ordinario de árbitros se necesitaba escritura y se señalaban sus requisitos, con mayoría de razón el art. 821 debía declarar que *el compromiso se ha de formalizar en escritura pública bajo pena de nulidad si de otro modo se contrajere, y el 822 que la escritura que se celebre ha de contener precisamente:*

- 1.º *Los nombres y vecindad de los interesados.*
- 2.º *Los de los amigables componedores que nombren.*
- 3.º *La debida expresión del negocio que se sujete á su fallo: esto es, la cuestión que se agite y bienes sobre que recaiga; por decirlo de una vez, el punto dudoso, para que los amigables componedores no puedan estralimitarse, porque en ninguna materia mas que en este juicio sería perjudicialísimo el exceso.*
- 4.º *La designación de tercero para en el caso de discordia, la cual no podrá confiarse á ninguna otra persona.*
- 5.º *El plazo que tanto á los amigables componedores como al tercero en su caso se señale para pronunciar el fallo.*
- 6.º *La fecha en que se otorgare.*

Faltando (825) cualquiera de estas circunstancias en la escritura será nula, de ningún valor ni efecto. Pero estando arreglados á las disposiciones del art. 822 estos compromisos producen todas las consecuencias legales que las demás obligaciones.

Siendo tan delicado el encargo que se confía á los amigables

(1) Véase lo que dijimos tomo I, pág. 419.

componedores, preciso era que se marcasen las cualidades de que deben estar adornados. Así lo verifica el art. 825, disponiendo que *el nombramiento de amigables componedores no puede recaer mas que en varones, mayores de edad, que se hallaren en el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y sepan leer y escribir*. Los arbitradores no necesitan ser letrados como los árbitros: estos tienen que decidir con arreglo á derecho, aquellos segun su saber y entender. Sin embargo, en la mayor edad y en los demás conocimientos que se les exigen, se encuentran las únicas garantías que reclama la ley.

Como puede acontecer que los nombrados carezcan de las cualidades indicadas, se halla determinado en el art. 826, que *si á cualquiera de los nombrados faltare alguna de estas circunstancias, se observará lo ordenado en el art. 777, respecto á los árbitros*: esto es, que al que hubiere hecho el nombramiento de una persona inhábil se le compelerá á nombrar otra.

Por último, el 827 ordena que *se observará tambien respecto á los amigables componedores lo que á cerca de los jueces árbitros establecen los arts. 778 y siguientes, en lo que se refieren á la aceptación del nombramiento y al reemplazo del que no acepte*.

Pero una vez aceptado (830) el cargo, puede compelerse á los nombrados á que dicten su fallo. El término (829) para pronunciarlo empieza á contarse para los amigables componedores desde el dia siguiente al en que aceptare el último. El en que (829) deba hacerlo el tercero, desde el siguiente al en que se le diere conocimiento de la discordia que está llamado á dirimir. En estos artículos se sigue la regla establecida en el 23; no se espresa con tanta claridad en cuanto á los árbitros el art. 782.

La tramitacion de este juicio es muy sencilla. Los amigables componedores (831) se limitarán á recibir los documentos que los interesados les presentaren, á oírlos y á dictar su sentencia por ante escribano precisamente. No habrá, pues, pruebas, pero en cambio los que proyecten este juicio podrán tenerlas preparadas para presentarlas.

La sentencia que dictaren los amigables componedores (836) de comun acuerdo, ó por mayoría caso de ser llamado el tercero, es ejecutoria, y se llevará á efecto de la manera que se previene en el título de la ejecucion de las sentencias.

Si discordaren (833) los amigables componedores, se reunirá con ellos el tercero (lo que no sucede con los árbitros) y la mayoría de votos formará sentencia. Si no hubiere mayoría, quedará sin efecto el compromiso.

En la notificación de la sentencia se observará el método establecido en el art. 832. *El escribano entregará copia autorizada de ella á los interesados haciéndolo constar á continuación de la misma sentencia.* Nada mas dice el art. 832, pero podremos preguntar ¿en las palabras *haciéndolo constar* se entiende que debe hacerse una notificación con todas las formalidades prevenidas en la misma ley? Entendemos que no prescribiendo lo contrario, debe observarse escrupulosamente.

Nada decimos de la recusación de los amigables componedores, porque nos pareció del caso tratar de ella cuando examinamos este punto con respecto á los árbitros. Hay materias que no deben separarse para su mas fácil comprensión.

La inmediatecion de los capítulos relativos á los árbitros y amigables componedores harán mas notables ciertas diferencias que existen entre ellos, y que por ser tan marcadas nos abstenemos de indicar. Decir á lectores inteligentes lo que deben comprender sin mas que la lectura, es una ridiculez.

Razon del método.

Hemos tratado ya todos los juicios explicando su tramitación en primera instancia. Nos resta solo hablar de la segunda en cada uno de ellos, y aun en los incidentes. Debemos tratar por lo tanto:

De la segunda instancia en el juicio ordinario, cuando se apela de sentencia definitiva:

En los de árbitros:

En los de apelación de providencia interlocutoria:

En los verbales:

En los de menor cuantía:

En los ejecutivos:

En los interdictos.

En los desahucios:



En la apelacion de sentencias sobre liquidacion de cantidades á virtud de una ejecutoria.

En los incidentes:

A la segunda instancia abre la puerta la apelacion, que es el puente que sirve para pasar de la primera á la segunda: la primera quedaria perfecta y el fallo que en ella se dictase ocuparia el lugar de una verdad juridica, se reputaria como un oráculo de la ley, en cuyo apoyo se levantasen todos los poderes sociales, si no se interpusiese apelacion.

Dicta el juez una sentencia; el litigante quejoso se presenta minutos antes de espirar el término, exhibe el recurso de apelacion, y como por un encanto, aquella providencia que de allí á breves instantes hubiera sido un acto inatacable, se sujeta á nueva revision, á nueva controversia y discusion.

Es, por lo tanto, indispensable que, para tratar debidamente de la tramitacion de las segundas instancias, tratemos primero de las apelaciones.

Pero aun antes de estas, deberemos hablar de ciertos medios que concede la ley á las partes para evitar la apelacion, y de consiguiente la segunda instancia. El orden exige que nos ocupemos en el exámen de estos medios, con antelacion al de las apelaciones.

CAPITULO XXVI.

De los recursos que concede la ley para evitar las apelaciones.—De la peticion de aclaracion de sentencia.—De la solicitud para que se revoque por contrario imperio una providencia.

De la aclaracion de sentencia.

Es un principio consagrado por las antiguas leyes y sancionado por la nueva (77) que, *ni los jueces ni los tribunales podrán variar ni modificar la sentencia una vez pronunciada: pero si aclarar algun concepto oscuro, ó suplir cualquiera omision sobre pun-*

to discutido en el litigio. Pero aun esto, solo podrán hacerlo á instancia de alguno de los litigantes que la haya solicitado dentro del día siguiente al de la notificación de la sentencia. Decimos que este era un principio consagrado por las antiguas leyes, porque la 5.^a y 4.^a, tit. 22, partida 3.^a, y la 59, tit. 1.^a, lib. V, Novísima Recopilación, contienen disposiciones análogas: solo en la nueva ley hay una modificación: por práctica, la aclaración de una sentencia, debía pedirse dentro de 24 horas: en la actualidad se podrá verificar dentro del día siguiente al de la notificación: el término es, pues, mayor, y lo sería todavía más si el día siguiente fuese feriado (26), pero por día se entenderán las horas que median desde la salida hasta la puesta del sol (10).

Por la demás, el artículo, en nuestro concepto abraza, no solo las sentencias definitivas, sino las interlocutorias, y el remedio que concede es extensivo á hacer declaraciones sobre puntos sustanciales que hubiesen sido objeto de la discusión, esto es, de la petición del demandante, y de la impugnación del demandado.

De la solicitud para que se revoque por contrario imperio una providencia.

Nuestra práctica de acuerdo con la ley de Partida (2.^a, tit. 22, Partida 5.^a) había admitido el recurso en que se pedía la revocación por contrario imperio de los autos interlocutorios, solicitándola dentro de tres días. Tenía esta práctica un fundamento, y era la consideración de ser muy conveniente recurrir al mismo juez pidiéndole la enmienda de sus providencias para evitar los gastos y disgustos de otra instancia. Era un homenaje que se tributaba al juez, creyendo que su justificación le haría mudar de opinión, hallándose mejor informado. Este recurso lo autorizaba la circunstancia de no haber habido grande anchura en la discusión y no haberse podido prevenir el litigante para ilustrar cumplidamente la conciencia del juzgador. El art. 65 consagra esta misma doctrina estableciendo, que *de las providencias interlocutorias pronunciadas por los jueces de primera instancia, puede pedirse reposición dentro de tres días. Si no se estimase podrá apelarse en un térmi-*

no igual al anterior. El art. 947 nos presenta un ejemplo en el auto en que un juez denegare la ejecucion.

Debemos advertir que el usar el art. 65 del verbo, *puede* no indica que sea facultativo en el litigante que se supone perjudicado valerse ó no del recurso de reposicion, y que le sea lícito directamente usar de la apelacion: el sentido es otro; lo que quiere decir es que si se sintiere agraviado podrá intentar este recurso, sin que por eso pueda prescindir de usarlo antes de el de apelacion.

El art. 67 reservando desde luego la apelacion para las sentencias interlocutorias que decidan un artículo, demuestra de un modo indirecto y bastante claro las providencias acerca de las cuales pueda pedirse reposicion, que serán todas las que sin decidir un artículo dicten una resolucion que pueda ser perjudicial en lo sucesivo y que cause estado. Es preciso notar que á veces corresponde á esta clase un auto de simple sustanciacion en la apariencia, pero de grande importancia en la realidad porque con él, ó se desnaturaliza el procedimiento, ó se reconoce la personalidad del que no debia ser admitido á litigar. El auto por el cual (art. 947) se mandase entregar el proceso al deudor que hubiese sabido que la ejecucion se habia denegado y que quisiese sostener el auto del juez, pertenecería á esta clase: seria de la misma especie el auto por el que se confiriese traslado de la demanda ó se comunicase el proceso al que no debia ser parte. Andese pues con tiento en no considerar sujetos á reposicion y á la apelacion consiguiente los autos de sustanciacion: hay algunos que son de grave trascendencia. En lo general los autos de mera y simple sustanciacion ni están sujetos á la reposicion ni á la apelacion: una y otra deberia denegarse: pero esta regla general tiene su limitacion en el buen sentido. Solo jueces y profesores inteligentes, abogados que conozcan los negocios, pueden entrar en estas apreciaciones sobre los proveidos, y no dudamos que el Tribunal Superior les hará justicia procediendo con el acierto que debe.

Lo que se pide con la fórmula de *reponer por contrario imperio* á un juez ó tribunal inferior, se solicita con la de súplica, ó sea pidiendo que supla y enmiende, á la misma sala de la audiencia ó del Tribunal Supremo cualquiera de las providencias interlocutorias de que hemos hablado. Y como que una sala no es superior á

otra, y el art. 76 no concede sino el recurso de Casacion contra las sentencias definitivas de las audiencias, excepto en algunos casos como los comprendidos en los arts. 872 y 1011, es claro que contra la resolucion de la sala no se concederá ningun recurso á no ser que el de Casacion procediese.

CAPITULO XXVII.

De la apelacion: término para interponerla: modo en que puede admitirse: su estado en el inferior y en el Tribunal Superior: tramitacion en general en la superioridad: negativa de la apelacion: apuntamiento: relatores: adhesion á la apelacion:

Si el litigante viese que la aclaracion de la sentencia no llenaba sus deseos, ó si habiendo pedido la reposicion no habia sido otorgada, no le quedaria otro recurso que el de la apelacion, el cual deberia intentarse desde luego, cuando no hubiese lugar á solicitar la aclaracion ni la reposicion.

La apelacion es el recurso que concede la ley para acudir de tribunal inferior á otro superior para que este reforme la sentencia de aquel: *ab inferiore ad superiorem judicem provocatio*. No estando exentos de error los hombres mas sabios y bien intencionados, justo era que el legislador sujetase á la revision de jueces superiores el fallo de un juez inferior.

Si esta fuese una obra de erudicion, muy bellas cosas podriamos decir sobre las apelaciones, trazando su historia en Roma, Francia y España, internándonos en los siglos de la antigüedad y dando mayor amplitud á las ideas que apuntamos en la pág. 66 del tomo I: pero limitados á hacer una obra práctica, tenemos que refrenar nuestra inclinacion á tan agradables investigaciones, para no distraer á nuestros lectores del punto de nuestro tema. Conocemos que hay tambien sabiduria en callar, en omitir lo que no debe decirse por no ser razon ni oportunidad de decirlo, esto es, el *sapere ad sobrietatem*, á que aludia el apóstol San Pablo.

Nos basta saber para nuestro objeto, qué se entiende por apelacion, qué debe interponerse ante el juez inferior que causó el

agravio para que se remitan las actuaciones al superior que debe reformarlo.

La apelacion lleva consigo gestiones en el inferior y gestiones en la superioridad. Las primeras son preparatorias de las segundas: estas no podrian tener lugar sin aquellas, así como no puede suponerse efecto sin causa, hijo sin padre, ni fruto sin árbol que lo produzca.

Estas consideraciones nos conducirán al desenvolvimiento de la materia en la manera que verán nuestros lectores.

La apelacion puede considerarse en dos estados: en el juzgado inferior y en la superioridad.

Las apelaciones deben interponerse en el juzgado ó tribunal inferior, que los antiguos prácticos llamaban *á quo*. Este es su primer estado.

Corresponde que examinemos: 1.º, el termino ó términos que se conceden para apelar y de qué fallos: 2.º, la manera con que podrán admitirse las apelaciones y las consecuencias de la forma de su admision: 3.º la negativa de la apelacion y sus remedios.

Primer punto. — Término de las apelaciones.

De las providencias interlocutorias pronunciadas por los jueces de primera instancia podrá apelarse dentro de tres dias (65).

Las sentencias definitivas y las interlocutorias que decidan un artículo, serán apelables dentro de cinco dias (67).

Trascurrido dicho término sin interponerse apelacion, quedarán de derecho consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad de declaracion alguna (68).

Segundo punto. — La manera con que podrán admitirse las apelaciones y las consecuencias, ó sea de la forma de su admision: términos para comparecer en la superioridad.

Las apelaciones podrán admitirse libremente y en ambos efectos, ó en uno solo (69).

Procederá libremente en todos los casos en que no se halle prevenido que se admitan en un solo efecto. Admitida la apelacion

libremente, se suspenderá la ejecución de la sentencia hasta que recaiga su confirmación (70).

Admitida en un solo efecto no se suspenderá la ejecución de la sentencia: y para ejecutarla, siendo definitiva, se retendrá en el juzgado testimonio de lo necesario de los autos, remitiéndolos en seguida al Tribunal Superior. Si la providencia fuere interlocutoria, se facilitará al apelante testimonio de lo que señalare de los mismos autos, con las adiciones que el colitigante hiciere, y el juez estimare necesarias para que pueda recurrir á la audiencia correspondiente (71).

Del testimonio de que se habla en el último párrafo del artículo anterior, deberá hacerse uso mejorando la apelación en el Tribunal Superior dentro de los veintidías siguientes al en que se hubiere hecho entrega de él al apelante. Trascurrido este término sin haberse mejorado el recurso, queda de derecho consentida la providencia sin necesidad de ninguna declaración (72).

El tenor del art. 75 que esplicaremos despues, da á entender que al presentar el testimonio puede solicitar el apelante que la apelación se admita en ambos efectos, petición que calificada puede evitar los gravísimos perjuicios que irrogaría sin duda la ejecución de una sentencia que por la ley no debe ser ejecutiva. El conjunto del art. 75, prueba que ha sido mal colocado, que debiera haberlo sido despues del 74, que dispone lo siguiente: *Cuando fuere admitida en un efecto la aceptación de sentencia definitiva, que se crea procedente en ambos, podrá solicitarse de la audiencia luego que se hayan remitido á ella los autos que se declare admitida en ambos efectos.*

Si así se declarase, se libraré orden al juez de primera instancia para que suspenda la ejecución de las sentencias.

Si la providencia (73), cuya apelación hubiere sido admitida en un solo efecto, fuere interlocutoria, también podrá pedir el apelante, al presentar el testimonio que se le haya facilitado para la sustanciación del recurso, que se la declare admitida libremente y en ambos efectos. Este será un incidente en que deberá ser oído el litigante contrario, si ya hubiese comparecido en la superioridad, como declara también el art. 75 que dice:

Si así lo estimare la audiencia despues de haber oído al colitigante si hubiere comparecido, mandará librar orden al juez para

que remita los autos, *prévia citacion de las otras partes, á fin de que comparezcan dentro de veinte dias precisamente.*

Tanto, pues, cuando de una sentencia en lo principal como de una providencia interlocutoria, se admitiese la apelacion en un solo efecto, tiene el apelante derecho á solicitar que desde luego se repare este agravio pudiendo hacer esta solicitud por escrito, aun cuando la naturaleza de los autos sea tal que solo se comuniquen en cuanto á la cuestion principal por via de instruccion.

Todavía hay otras disposiciones relativas á la apelacion en el inferior.

El art. 555 previene: *que el juez admitirá la apelacion si se interpusiere en tiempo y forma, sin sustanciacion alguna; seguramente, el juez no necesita de asesor para decidir un punto de derecho tan sencillo cual es el de si la apelacion procede; ni tampoco para resolver otra cuestion de hecho, cual es la de si la apelacion se interpuso en tiempo, pues únicamente necesita volver los ojos á las actuaciones y contar los dias trascurridos desde la notificacion de la sentencia. Dilaciones y gastos se evitan á las partes con esta determinacion. El artículo añade en seguida: y remitirá los autos al Tribunal Superior dentro de segundodia, citando y emplazando *préviamente á los procuradores de las partes para que comparezcan ante él.* Sobre la citacion de los procuradores ya tenemos hablado en el tomo I, pág. 597.*

El término para comparecer en el Tribunal Superior (556) y el que el juez debe señalar á los procuradores, será el de veinte dias siguientes al en que se haya notificado la providencia en que se mande remitir los autos y citar para la misma comparecencia.

Tercer punto.— De la negativa de la apelacion y de sus remedios.

Puede acontecer que el juez inferior niegue una apelacion. Si el litigante á quien se le causa este agravio, no pudiese recurrir se le cerrarian irrevocablemente las puertas de la justicia, porque su proveido quedaria libre de toda censura. Para evitar este abuso ó para corregirlo á lo menos, se dictó el art. 75 que establece lo siguiente: *Cuando fuere denegada cualquiera apelacion, (ora sea de sentencia, ora de auto interlocutorio) podrá el que la haya in-*

terpuesto recurrir en queja á la audiencia respectiva. Esta, previo informe que pedirá al juez, y oyendo sobre él al apelante, determinará lo que crea justo. Por la determinacion que contienen estos párrafos, se otorga una audiencia al litigante cuya apelacion fué desestimada: se llama á residencia al juez, se le compele á que le esponga las razones que sirvieron de fundamento á su decision, y de estas razones se le da vista al apelante para que replique y alegue lo que á su derecho convenga. Ordinariamente se manda que el juez informe con justificacion, esto es, que acompañe testimonio de los datos procesales que sirvieron de apoyo á su decision, y si viese el apelante que omitia algunos que eran interesantes ó que tergiversaba otros, podria llamar oportunamente la atencion é indudablemente la audiencia reclamaria los antecedentes necesarios. Con vista de todo resolveria. Si estimare bien denegada la apelacion, mandará remitir al juez testimonio de su providencia para que conste en los autos.

Si estimare que ha debido otorgarse lo declarará así, ordenando al juez remita los mismos autos, previas las citaciones correspondientes.

De las diligencias que deben practicarse en la audiencia apenas llegan los autos del inferior.

Ya que de sustanciacion se trata, echamos menos en una ley que ha sido tan prolija y que tantas y tantas veces nos habla de la necesidad de que el letrado espese su conformidad con el apuntamiento, que espese lo que debe hacerse en los autos antes que pasen al relator.

El ar.º 857 supone, si se ha de atender á su redaccion, que se pasarán al relator no haciendo mencion de las diligencias que deben practicarse en la escribanía, y que en nuestro concepto deben continuarse practicando por mas que no lo diga el artículo.

Estas diligencias consisten en el registro de autos, ó sea en la estension por el escribano de cámara de una certificacion que espese los fóllos de que se componen la pieza ó piezas remitidas del inferior, y una copia literal de la sentencia ó auto que motivó el recurso. El señor regente don José Churruca, de buena memoria, estableció esta práctica en la audiencia de Aragon.

A nadie por poco instruido que esté en la práctica forense, se le oculta la utilidad de estas diligencias. Es de necesidad que cuando unos autos vienen á la superioridad se haga constar el número de fóllos que comprenden para que en ningun tiempo pueda cometerse ninguna adulteracion ni suplantacion. De este modo deben resultar los vicios que hubiere en la foliatura del inferior ó subsanarse esta si se omitió ó se equivocó.

La copia de la sentencia es indispensable en la pieza de rollo, para que siempre conste, si por casualidad hubiese un extravío de la pieza del inferior, y ahora es mas necesario ponerla mandándose devolver los autos al inferior apenas recae ejecutoria.

De nada de esto habla la ley, que no ha sido parca como ya hemos insinuado en la parte reglamentaria.

Segundo estado de la apelacion. — Tramitacion en la superioridad.

Hay disposiciones relativas á las apelaciones que abrazan todos los negocios. Tales son las que se refieren á la formacion del apuntamiento, á la declaracion por desierto del recurso, y á la permanencia sin curso del negocio hasta que se inste su continuacion. Estas disposiciones se hallan contenidas en los artículos que vamos á citar. El 857 dice: *Recibidos que sean en la audiencia cualesquiera autos en que se hubiese admitido una apelacion, y luego que se hubiese presentado el apelante, se pasarán al relator para la formacion del oportuno apuntamiento.* Para la formacion del este se exige la comparecencia del apelante, porque si este no se persona en los autos, no es necesaria su continuacion, ni el relato tiene ningun objeto, pues si el apelado comparece y no aquel, podrá solicitar que se declare desierta la apelacion, para lo cual no es necesario que el relator haga ningun trabajo. Asi lo dispone el art. 858 que dice: *si el apelante no hubiere comparecido dentro del término del emplazamiento, á la primera rebeldía que acuse el apelado, se declarará desierto el recurso. Si el apelado no compareciere, seguirán los autos su curso, notificándose en los estrados del tribunal las providencias que se dictaren.* Se da á entender en este artículo que no será necesario acusar la rebeldía al apelado, aunque no será inútil, á nuestro juicio, que se verifique para mayor formalidad.

Si ni el apelado ni el apelante comparecieren (859), en cualquier tiempo que este se presente, continuará la sustanciacion de la instancia. ¿Y si ha pasado mas de un año, no habrá de hacerse una citacion por retardado como antes se establecia? ¿Se ha de entender este artículo de tal modo que, pasado un año pueda comparecer el apelante y sin noticia del apelado continuar la instancia? Nosotros no podemos concebir que tal haya sido la intencion de los redactores de la ley.

Diremos, si, que hay en la misma un vacío que debe llenarse con las buenas prácticas de nuestro país y de nuestros tribunales, y que no dejan de estar consignadas tambien en los códigos de otras naciones.

El francés no ha omitido tratar de la *perencion de la instancia*, que no es mas que la prescripcion del procedimiento, pero no de la accion, que no puede en Francia prescribirse si no por la prescripcion ordinaria. Tratan de ella los arts. 398, 399, 400, 401 del Código civil, y son interesantes los fallos de varios tribunales sobre este particular, que tan íntima conexión tiene con la recta administracion de justicia.

Entre nosotros pasado un año sin practicar gestion, quedaba el procedimiento retardado, y para rehabilitar su curso era precisa nueva citacion.

¿Supondran los autores de la ley que no puede haber tan larga paralización en los autos? Me parece que no lo han podido creer así, cuando según puede verse en la ley los autos pueden estar meses y meses en la escribanía si ni el apelante ni el apelado comparecen en la superioridad.

Apuntamiento.

De la escribanía de cámara practicado el registro de autos y dada cuenta en sala de su remesa, pasan al relator para que forme el apuntamiento, según dispone el art. 857 que ya hemos trascrito: porque se halla prevenido en el art. 35 que *á los Tribunales Supremo y Superiores se dará cuenta de los autos por los relatores, formando al efecto los correspondientes apuntamientos para las vistas de las apelaciones, y dando cuenta de palabra para las actuaciones.*

El apuntamiento que debe ser un extracto razonado, metódico y fiel del proceso; que debe sustituir al original la copia; al retrato de cuerpo entero la miniatura: que debe ser después de formado una pieza interesante de autos, una parte sustancial de los mismos, no podía dejarse abandonada al acaso: era preciso sujetarla á una censura pronta y eficaz, ó una corrección inmediata si tuviese vicios ó defectos.

Son innumerables los artículos de la nueva ley en que repetidamente se establece la forma con que debe llegarse á la corrección del apuntamiento. En el art. 858 se prescribe que *en los escritos de espresion de agravios y de contestacion manifestarán las partes su conformidad con el apuntamiento del relator, ó las reformas ó adiciones que á su juicio deban hacerse: el 859 dispone que presentada la contestacion se pasarán los autos al ministro ponente.*

Devueltos que sean por este (860) y habiendo conformidad en el apuntamiento, ó hechas en él las reformas ó adiciones de las pedidas por las partes que la sala hubiere creído procedentes, se mandarán traer á la vista citadas las partes.

Aun en las apelaciones de providencia interlocutoria en que no se permite alegar sino verbalmente, se prescribe en el art. 843 que *tanto el apelante como el apelado, al devolver los autos, (que se les entregaron únicamente para instruccion) manifestarán en escrito con firma de letrado su conformidad con el apuntamiento ó las reformas ó adiciones que creen deban hacerse en él. El 846 ordena que se pasarán al ministro ponente, que (847) al devolverlos deberá informar á la sala sobre las adiciones ó reformas pedidas por las partes. Y habiendo conformidad (848) con el apuntamiento ó hechas en él las reformas ó adiciones que el tribunal estime procedentes de las que las partes hayan solicitado, se mandarán traer los autos á la vista.*

Habrà, pues, en todos los pleitos en segunda instancia una manifestacion sobre el apuntamiento: si en ella si pidiesen reformas, ó adiciones, previo informe del ministro ponente, la Sala resolverá, pero sin que de esta providencia se admita recurso alguno, porque además de que los artículos de la ley no establecen su concesion, su naturaleza no permite que se consienta semejante paso, fuera de que la parte pueda citar por escrito ú oralmente,

segun la naturaleza del pleito, aquello que le convenga para la defensa de su derecho.

Siendo tan importante el apuntamiento, nos parece oportuno tratar de los funcionarios que lo forman ó sea de los

Relatores.

Como con alguna frecuencia se hace mencion en esta ley de los relatores, y con especialidad en los arts. 35, 837 y otros, preciso será que espliquemos la naturaleza de su mision, sus circunstancias y obligaciones.

Los relatores, como los define Escriche, son unas personas diputadas en cada audiencia para hacer relacion de las causas y pleitos: son los órganos que sirven de comunicacion entre las partes y los magistrados: los ojos por los que ven las audiencias en la mayor parte de los negocios; y para decirlo de una vez, los servidores mas útiles que tiene la recta administracion de justicia. El mérito de estos funcionarios es apenas conocido: sus tareas son las mas pesadas y mas útiles, y si se desempeñan con acierto merecen la mas cumplida recompensa, porque prueban talento, perseverancia, abnegacion, laboriosidad y modestia. Un relator se entrega en el retiro de su despacho al estudio de un pleito, lo examina, toma sus apuntes; esta 1.^a operacion exige un conocimiento cabal de la cuestion litigiosa, porque solo de este modo puede adoptar el plan de su trabajo, en el que nada ha de omitir de lo sustancial, nada ha de poner de lo inútil. Ha de presentar en una miniatura, pero animada y viva, el proceso; y asi como el pintor que ha de reducir á mas pequeñas proporciones un cuadro, sin hacer perder al original ni desfigurarlo, su semejanza y belleza, de modo que se vea en lo pequeño lo grande, debe ser un profesor diestro; el relator ha de ser abogado y juez; abogado para no omitir nada de lo que favorece á cada una de las partes; juez para no poner los solismas, ni traer impertinencias que no conduzcan á la cuestion, y debe adivinar algunas veces con una sagaz penetracion, lo que al parecer indiferente tiene una tendencia y un objeto que solo columbran las personas habituadas á penetrar en los arcanos de los pleitos. Pero este trabajo de inteligencia y de talento es duro en sus pormenores; exige constancia y laboriosidad que no ven los que úni-

camente fijan la consideracion en las líneas escritas y no en lo que debió leerse y escribir para ponerlas en el papel. El té y el azúcar se presentan en nuestras mesas y parecen un objeto frívolo, pero á los ojos del hombre meditador representan las fatigas del negro, las angustias del marinero en medio de las embravecidas olas del Océano. La difícil facilidad no se descubre en las obras del ingenio, pero no es por eso menos estimable.

A todo esto debe agregar el relator el método, la colocacion de las ideas en el lugar oportuno para dar interés y animacion á un trabajo monótono por su naturaleza. Esta tarea ¿no es digna de aprecio? Consagrarse á una que no tiene atractivos, que exige una material ejecucion en la práctica, pero que es al mismo tiempo parto de la inteligencia, que no es visible para todos los ojos, para que por todos pueda ser estimada, requiere un ánimo superior. El trabajo del relator es sin gloria; pasa con velocidad: se consume en breves momentos la obra de algunas vigiliassin obtener un aplauso, sin conseguir una alabanza. ¡Gracias si no recaba alguna reconveccion! Y al recapacitar el hombre práctico en los asuntos del foro todas estas circunstancias, ¿no ha de dispensar su aprecio á estos funcionarios, no ha de mirarlos como el instrumento mas interesante de la administracion de justicia, como la máquina, la palanca que remueve esos volúmenes de autos, que sin su auxilio quedarían inertes en los estantes de las escribanías?

Las ordenanzas de las audiencias exigen que sean letrados de probidad, fieles é inteligentes, y con razon, porque un relator si no es probo puede causar males sin cuento y de trascendencia. Los relatores son los ojos de los tribunales, y si los ojos están enfermos o viciados, el alma no recibirá si no ideas equivocadas: deben ser el espejo que refleje en el sòlo de la justicia la luz, y si este espejo está turbio, si en vez de reflejar la luz la descompone, los ministros de la Sala no la distinguirán cual corresponde y sus juicios serán equivocados.

En vano se dirá que las Salas ejercerán el derecho de revision en sus trabajos, porque esto es casi imposible en la multitud de causas y negocios que las cercan: es preciso que se arrojen casi siempre en los brazos de la confianza.

La nueva ley ha proporcionado una nueva garantia con la facultad que ha atribuido á los letrados para que pidan la adicion y

comienda de los apuntamientos, é imponiéndoles así mismo la obligación de que manifiesten su conformidad en los artículos que citaremos.

En ellos hallarán los letrados un nuevo deber, deber grave y delicado que los pone en la precisión de verificar un cotejo concienzudo entre los procesos y causas y los extractos, faltando de consiguiente á un deber tan importante los que se limitan á leer pasageramente los últimos.

Las audiencias hasta cierto punto se relevan de responsabilidad juzgando por un documento que tiene la garantía de un letrado probo, fiel é inteligente deputado para formalizarlo, y la sancion de los defensores de las dos partes.

Permitásenos que en esta materia no nos hayamos limitado á copiar los artículos de la ley y hayamos descendido á esas consideraciones morales.

En obsequio de esta clase, á la que miramos con una particular predilección, permitásenos también que traslademos ciertas disposiciones dictadas para premiar á funcionarios tan beneméritos.

Por real decreto de 29 de diciembre de 1838, publicado siendo ministro de Gracia y Justicia el señor don Lorenzo Arrazola, el haber desempeñado dos años hasta en comisión una relatoría, era una cualidad que habilitaba para ser uno nombrado promotor fiscal, y el desempeño de cuatro para ser juez de primera instancia de entrada: el de ocho para los de ascenso, y diez para los de término, etc.

En atención á los incesantes y útiles servicios que presta á la administración de justicia la clase de relatores, tan mal retribuida en algunos tribunales como sobrecargada en casi todos de un improbo trabajo, con el fin de alentarla en el desempeño de sus importantes funciones, en real orden de 22 de diciembre de 1853, cuyo preámbulo acabamos de copiar, se concedió á los relatores del Tribunal Supremo y de las audiencias que llevasen 10 años de servicio efectivo y en propiedad, que tuviesen la categoría y consideración de jueces de primera instancia de término. Los relatores del Tribunal Supremo á los 15 de servicio en igual forma podrán aspirar á la categoría de magistrados de audiencia: pero unos y otros relatores para obtener este premio será condición precisa que no hayan dado lugar jamás á reprensión al-

guna de parte de sus superiores inmediatos, y que hayan desempeñado constantemente sus destinos con celo, inteligencia, honradez y notorio crédito y á satisfaccion de las salas respectivas. Este decreto lo deben los relatores al señor Marqués de Gerona. Era sin duda el principio de un sistema de premios y de favores justamente merecidos que no sabemos haya sido desarrollado despues cual debiera, y de cuyo desarrollo depende en gran manera el obtener buenos relatores, y sobre todo que la justicia se administre con acierto y rectitud.

Algún dia quizás emita mis ideas sobre los medios de premiar á una clase tan benemérita y tan mal recompensada.

Adhesion á la apelacion.

Este era un punto que se hallaba sujeto á graves dudas y que dió lugar á que el señor Conde de la Cañada lo ilustrase en sus Instituciones, Part. 2.^a, cap. VI. Es un remedio por el cual el que omitió el que no usó de la apelacion consigue sus beneficios, tomando parte en la de su adversario. Supone el Conde que Justiniano introdujo este remedio, desconocido hasta entonces, por la ley 39, Cód. de Appelat., en la que se, dice, que se iba á reformar el antiguo método, segun el cual el que habia invocado el auxilio de la apelacion era el único que obtenia la enmienda del fallo, determinando que si el apelante esponia las causas de sus agravios, tenia tambien licencia para verificarlo su contrario.

Investigando los fundamentos de la doctrina de la adhesion, añade el Conde de la Cañada, que aunque es regla de que solo se devuelva al juez superior la parte de la sentencia que se apeló: que el que consintió un fallo parece irregular que venga á combatirlo, se ha tenido en consideracion que si el apelado calló, á pesar de que la sentencia no llenaba sus deseos ó en parte le perjudicaba, su silencio provenia de que prefirió sufrir el daño á continuar el pleito con menoscabo de sus intereses y tranquilidad: que habiendo frustrado sus intenciones la apelacion, seria injusto que se viese espuesto á perder lo favorable que contenia la sentencia y que no pudiese mejorarla en lo perjudicial: que aunque el hecho de no apelar induce una aprobacion presuntiva del fallo, la

adhesion á la apelacion esplica su voluntad y el sentido de su aquiescencia.

El jurisculto Escriche trató de él tambien en su diccionario en la palabra Apelacion, tomo I, pág. 501. Copiaremos sus palabras: «Del escrito de agravios se confiere traslado á la parte contraria para que conteste á la pretension del apelante: y si se sintiere tambien agraviada de la sentencia por haberle sido favorable en parte y en parte adversa, puede decir que se adhiere á la apelacion, y pedir que se confirme la sentencia en cuanto le fué favorable, y se declare nula, ó se revoque como injusta en cuanto le fué perjudicial. El escrito de contestacion en que el apelado se adhiere á la apelacion contraria se llama pedimento de *agravios medio*, porque en él espresa tambien el apelado los agravios que cree haberle causado la sentencia de primera instancia por no haberle otorgado en ella cuanto pedia. Si el apelado redujere su contestacion á pedir que se confirme la sentencia, sin oponerse á ella en parte alguna, dicen los prácticos que ya no podrá despues usar del derecho de adherirse á la apelacion, pues se entiende que se renuncia por el hecho de no servirse de él al tiempo de contestar y que apresta la sentencia en todas sus partes.»

«Pueden ambos litigantes ampliar sus peticiones en lo accesorio al litigio principal, como rentas, frutos, etc., mas no hacer alteraciones esenciales en aquellas, de suerte que muden de naturaleza.»

Sin embargo, no hemos dejado de ver sostener con fundamento y lo hemos sostenido algunas veces, que la adhesion debia verificarse cuando se daba traslado de la apelacion; entonces era la ocasion oportuna de manifestar el concepto que se tenia del fallo en la manera que lo apreciaba el litigante victorioso.

Estas dudas las ha resuelto la nueva ley disponiendo en el artículo 833, que *en el escrito de contestacion deberá el apelado adherirse á la apelacion en los extremos en que crea perjudicial la sentencia, añadiendo, que ni antes ni despues podrá usar de este remedio.*

Como que en los pleitos en que se interpone apelacion de providencia interlocutoria no hay otro escrito que el que se presenta para manifestar la conformidad con el apuntamiento, dispone el art. 844 que *en este escrito deberá el apelado adherirse á la ape-*

lacion en los extremos en que la sentencia pueda haberle sido perjudicial, previniendo tambien que ni antes ni despues podrá usarse de este remedio.

En los casos en que el apelado se adhiriere (845) á la apelacion, deberá acompañar una copia de él en papel comun, que se entregará al apelante. Asi debia hacerse para que el apelante sepa los agravios que tambien alega su adversario. No confiriéndose ahora traslado de la apelacion en ningun pleito, no podia hacerse en otro tiempo la adhesion que antes podia hacer al tiempo de evacuar aquel traslado. Ya era la opinion comun (Conde de la Cañada Part. 2.^a, tít. 6, núm. 12), lo que se ha establecido en la ley.

Hallándose ya radicado el negocio en la audiencia y esplicadas las primeras gestiones que deben practicarse en la superioridad, pasaremos á examinar las diversas tramitaciones que pueden tener las segundas instancias, y cuáles corresponden segun la clase de los negocios.

CAPITULO XXVIII.

De la tramitacion particular en los diferentes negocios de que puede conocerse en apelacion.

Tramitacion en la segunda instancia en apelacion de providencia definitiva.

La ley aumenta las solemnidades y los medios de ilustracion y de defensa á proporcion de la importancia del fallo cuya enmienda se solicita. Si la providencia apelada, dice el art. 849, fuere definitiva, se entregarán los autos al apelante para espresar agravios de ella por un término que no podrá bajar de ocho dias ni pasar de veinte, y señalará el tribunal con presencia del volúmen de los autos. El término que se señale (850) es prorogable, si el tribunal lo creyere justo, siempre dentro del límite referido por punto general. Esta próroga era en nuestro modo insignificante por que se reducía simplemente á llegar hasta el maximum del término: pero el art. 851 otorga mayores facultades estable-

ciendo que cuando la entidad y complicacion del negocio lo requieran, y la expresion de agravios no se haya verificado dentro de los veinte dias por causas no imputables al apelante, podrá el tribunal, constandingo esto, concedérsele otros diez dias mas para hacerlo. Dos circunstancias exige el articulo: 1.º que no medie culpa de parte del apelante: 2.ª que conste esta circunstancia. La enfermedad del letrado defensor; la detencion ó robo del correo que traia las instrucciones; la acumulacion de varios negocios en el mismo estado, ó una vista importante que reclame la atencion del letrado, etc., son causas á nuestro juicio calificables, por mas que en ciertos casos una avidez extraordinaria y superior á las fuerzas del defensor no sea digna de consideraciones, pero siempre las merece el litigante que sigue en la eleccion de su abogado los ecos de la fama. En cuanto á la justificacion de la causa, el artículo usa del verbo constar, y consta una cosa cuando aquel á quien se refiere se da por satisfecho; así que el tribunal no exigirá por lo comun comprobantes, prestando crédito á las aseveraciones del defensor.

Hecho el alegato ó escrito de agravios, de él se dará traslado al apelado por el mismo término concedido al apelante al hacerle entrega de los autos (852). Y como en la reciprocidad consiste la justicia, este término es prorogable (para el apelado) por las mismas causas y de igual manera que quedan prevenidas en los artículos 850 y 851, (con respecto al apelante.)

Al escrito de agravios del apelante contestará el apelado, y con la contestacion presentará este copia de ella en papel comun, la cual se entregará al apelante (854).

Pero como muchas veces acontece, segun acabamos de decir, que si el apelado no usó del recurso, fué por evitar las incomodidades de una segunda instancia, aunque la sentencia no le fuese del todo favorable, viendo que su adversario menos sufrido apela, quiere aprovecharse del beneficio y se adhiere á la apelacion. Muchas cuestiones habia antes sobre esta materia, pero ahora se hallan irrevocablemente resueltas con lo determinado en la ley. Esta dispone, art. 855, que en este escrito (el de la contestacion al alegato de agravios) deberá adherirse á la apelacion en los extremos en que crea perjudicial la sentencia. Y que ni antes ni despues podrá usar de este recurso. En el método de sustanciacion antiguo

como se daba traslado de la apelacion, era posible adherirse al evacuarlo, ahora no existe tal oportunidad: seria aumentar la litis-espensas previniendo que se hiciese antes: el artículo, pues, reserva para una época conveniente el deducir la adhesion, época en que puede obrarse con pleno conocimiento. Pero este paso exige una modificacion en la sustanciacion y regla establecida en el 854, segun lo advierte el 856 que dice, *en los casos en que el apelado se adhiere al recurso, no se acompañará la copia prevenida en el art. 854, y del escrito de contestacion se dará traslado al apelado. La contestacion de este (857), deberá limitarse á lo que haya sido objeto de la adhesion, y de ella acompañará copia en papel comun que se entregará al apelante.* Si habia de conferirse traslado de un escrito inútil hasta cierto punto era dar copia, y siendo la adhesion una pretension nueva é inesperada, no podia prescindirse de dar conocimiento á la parte interesada en combatirla.

Actuaciones permitidas en segunda instancia en apelacion de providencia definitiva.

Antes de haberse notificado (865), la providencia en que se manden traer los autos á la vista, pueden las partes exigirse confesiones judiciales, con tal que sean sobre hechos que no hayan sido objeto de otras que se hayan exigido en la primera instancia. Tambien (867) podrán traer los documentos de que juren no haber tenido hasta entonces conocimiento. Asimismo (868) podrán pedir el recibimiento á prueba para utilizar cualquiera de los medios de hacerla que quedan establecidos.

Pero la prueba no se concede en segunda instancia con la amplitud que antes se otorgaba, sino que imitando la ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 407, se han puesto restricciones que aparecen del art. 869, que dice asi: *El recibimiento á prueba, solo podrá otorgarse: 1.º, cuando por cualquier causa no imputable al que la solicite, no hubiere podido hacerse en primera instancia: 2.º, cuando hubiere ocurrido algun hecho nuevo conducente al pleito, y posterior al último dia del término de prueba que haya corrido en la primera instancia: pero esto debe entenderse siempre que haya podido llegar á noticia del que ofrece la prueba 3.º, cuando haya adquirido conocimiento de un hecho*

que se ignorara antes, y sobre el cual por consiguiente no hayan girado ni las alegaciones ni las pruebas. En una palabra, la ley proscribe pruebas reservadas mañosamente para segunda instancia, pero no prohíbe ni las que versen sobre hechos nuevos ni las que se hayan dejado de practicar en primera instancia por causas no imputables á las partes, en cuya clase debe comprenderse la inteligencia del letrado de la superioridad y el distinto aspecto bajo el cual mire el negocio. Escaso sería el fruto de la revisión, si las luces de un nuevo defensor, que mira las cuestiones litigiosas con un nuevo prisma, ó que con su penetrante mirada ve en segunda instancia lo que no vió el letrado en primera, no pudiese apoyar su plan de defensa con las pruebas oportunas.

Pero de todos modos, para conceder (870) el término de prueba, se oirá siempre á la parte contraria é informará á la sala el ministro ponente: garantía del acierto y precaución mas estimable que el rutinario visto que antes se estampaba en los interrogatorios.

La prueba puede ó concederse ó negarse: *contra la providencia en que se otorgare la prueba no se da recurso alguno (871), Contra la en que se denegare solo procede el de casacion en su caso y lugar (872)*, en conformidad al art. 76 que dice: *que contra las sentencias de las audiencias no se dará otro recurso que el de casacion.*

Los arts. 871 y 872 guardan completamente conformidad con el 275.

De los escritos en derecho.

En nuestra antigua legislación eran conocidos estos escritos asimismo con los nombres de *alegaciones ó informaciones en derecho*, y no cabe duda que muchos de ellos son obras de copiosa erudición, equivalentes á tratados especiales sobre algunas materias, y única palestra á que se hallaba reducida la discusión y la elocuencia cuando no se gozaba de la libertad de imprenta.

No podemos menos de manifestar que se hizo un uso muy adecuado de esta invención empleándola en beneficio de la justicia y

para ilustrar sus oráculos. Y á la verdad ¿qué uso mas conveniente de la imprenta que el de llevar la verdad al seno de los tribunales? Las leyes de la Novísima, y con especialidad la 31, título 1.º, lib. V, la 3.ª tít. 14, lib. XI, y posteriormente el decreto de 26 de setiembre de 1835, señalaron las reglas á que debia sujetarse esta actuacion. La informacion no se admitia en todos los pleitos sino en aquellos, en que la sala lo consideraba necesario atendida su importancia.

No se permitia dar mas que dos informaciones en un mismo pleito, de las cuales la primera no debia esceder de veinte hojas y la segunda de doce de letra y papel ordinario impresas ó manuscritas, aunque el pleito constase de muchos capítulos independientes unos de otros ó de diferentes inspecciones cada uno; L. II, tít. 14, lib. XI, Nov. Rec. Además de exigirse la firma del letrado en las informaciones, debian ser cotejadas con el proceso por el relator para evitar que en un documento tan importante se mezclasen errores de hecho, que pudiesen estraviar la rectitud de los magistrados. La peticion de escribir en derecho debia hacerse apenas se acabase de ver el pleito: debian imprimirse y entregarse á los jueces dentro de treinta dias desde la vista y dentro de tres meses segun la ley recopilada, ó de sesenta dias, segun el art. 80 del decreto de 25 de setiembre de 1835, debia pronunciarse sentencia, ora hubiesen presentado ó no las informaciones las partes.

La nueva ley ha acogido benévolamente esta institucion de la antigüedad, modificando las disposiciones anteriores en los términos que se verá por la transcripcion de los artículos relativos á esta materia. Es digno de observarse que este género especial de defensa no puede acordarse sino á peticion de parte, segun dispone el art. 873, estableciendo que *cuando las partes ó el mayor número de ellas lo pidieran, ó cuando á instancia de alguna de las mismas la audiencia lo ordenare, podrá, en lugar del informe oral, escribirse ó imprimirse una informacion en derecho.* Basta, pues, que una parte lo pida para que la audiencia conceda este medio de defensa, que sustituye á las rápidas impresiones de la palabra y de la accion las sosegadas consideraciones del raciocinio y de la lógica. No es necesario imprimir estos escritos; pueden hacerse manuscritos.

El señor marqués de Gerona en su instruccion de 50 de se-

tiembre de 1853, habia dado una extraordinaria latitud á la defensa por escrito, no pudiendo menos de alabar un método que facilitaba á las partes el medio de poner en claro su justicia, de consignar en los procesos un testimonio elocuente de su buena causa, y de ponerse á cubierto de las vicisitudes que á veces impiden que un letrado, á pesar de su buena voluntad, asista á la vista. Este era tambien el medio de que los negocios se defendiesen con conciencia y con un trabajo sólido, porque el escrito hacia ver si el abogado habia examinado y debatido completamente la cuestion y que pudiera exigírsele la responsabilidad moral, lo que no es dable cuando se usa meramente de la palabra, que es fugaz y que se desvanece apenas se pronuncia. Conocemos con Dupin las ventajas de la improvisacion sobre una materia estudiada, pero en las que atañen á la justicia, desconfiamos de los arranques de la improvisacion y de aquellos argumentos que tienen el tinte de la actualidad y del momento, pero que por lo comun carecen de solidez.

Sin embargo, la nueva ley no deja de conceder bastante anchura, puesto que en el art. 874 determina que *en los casos en que haya conformidad de las partes ó de la mayoría de ellas, se escribirá é imprimirá la alegacion en derecho, sean cuales fueren la clase é importancia del pleito, sin necesidad de trámites ni autorizacion.* Con todo, debemos observar que para presentar el informe escrito segun la instruccion de 30 de setiembre, podria hacerlo cualquiera litigante aunque el otro no lo hiciese.

No habiendo dicha conformidad (continúa el art. 874), se oirá á las mismas partes sobre la pretension que alguna de ellas hubiere deducido, y previa vista decidirá la audiencia lo que estime procedente.

Para que este último caso (875) pueda concederse la alegacion en derecho se necesita: 1.º, que el pleito sea ordinario: 2.º, que por su importancia y gravedad sea á juicio de la audiencia mas conveniente informar á los jueces por escrito que oralmente. Seguramente solo un pleito ordinario, y no un ejecutivo, de menor cuantía, etc., puede ofrecer la complicacion que obliga á escribir en derecho: solo en él se presentan esas cuestiones que exigen una amplia discusion. Sin embargo nos parece que hubiera convenido adoptar la disposiciones de la instruccion del señor Marqués de

Gerona, que en general, permitia á cualquiera de las partes, sin contar con la otra, hacer la defensa por escrito, renunciando á la oral.

Cuando no hubiere conformidad de las partes ó de la mayoría, el tribunal decidirá despues de oirlas, pero su decision será inapelable, porque segun el art. 879 *contra las providencias que las audiencias dictáren sobre las alegaciones en derecho y término para hacerlas, no se da ningun recurso.*

Si con respecto á escribir en derecho se concede á las partes decidir, tambien *el término para escribir la alegacion en derecho será el que las partes ó la mayoría de ellas convinieren, en los casos en que procedieren de conformidad: en los demás el que la audiencia señalaré al decidir la pretension que se hubiere formulado sobre esto (877). El término que señalen las audiencias no podrá bajar de treinta dias, ni exceder de sesenta (878) (para escribir, se entiende), porque la audiencia, atendida la estension de las alegaciones señalará el término para su impresion. Este término podrá ampliarse cuando circunstancias independientes de la voluntad de las partes lo exigieren, á juicio de la misma audiencia (880): asi como el que hubiere señalado (para escribir) podrá ampliarse, siempre dentro del límite marcado en el art. 877 (esto es, en el de treinta á sesenta dias) de conformidad de las partes, y cuando el tribunal por cualquiera justa causa lo estimare procedente (878).*

Debemos concluir esta materia con una advertencia que se hace en el art. 881, y es la de que *en todos los casos en que se escriba ó imprima alegacion en derecho; se imprimirá tambien unido á ella precisamente el apuntamiento del pleito: para que pueda cotejarse la exactitud de la alegacion y puedan los jueces evacuar las citas que se hagan para su mayor ilustracion.*

Como que la alegacion se imprime con el objeto de que se instruyan los que han de fallar, *hecha la impresion, se repartirán ejemplares á los ministros que deban fallar el pleito, firmados por el relator, letrado y procurador de las partes, y unirán otros á los autos (882): para que siempre resulten en ellos los datos que se tuvieron presentes para el fallo.*

El término para pronunciar sentencia (885) en los casos en que haya alegacion en derecho, empezará á contarse desde el dia siguiente al en que se entreguen los impresos, lo cual hará constar el escribano de cámara por diligencia que estienda en los autos. Y

si (884) *hubiere discordia despues de hecha constar en la forma prevenida, se hará entrega á los ministros que deban dirimirla de los correspondientes ejemplares de la alegacion : desde la fecha en que se verificase dicha entrega principiara á correr el término para pronunciar sentencia.*

Segunda instancia en los juicios arbitrales.

Como en los ordinarios , arts. 814 y 815 que disponen que *la apelacion se interpondrá y admitirá para ante la audiencia del territorio: y que la sustanciacion de las apelaciones se acomodará á las reglas establecidas en los juicios ordinarios.*

Tramitacion de la segunda instancia en apelacion de providencia interlocutoria.

Segun la gravedad del negocio ó sea de la cuestion que se agite , variará el procedimiento. Si la providencia apelada fuere interlocutoria, aun cuando sea de las que causan estado, formado que sea el apuntamiento, se entregará con los autos por su orden á las partes para que se instruyan sus letrados (840): esto es, no se formará escrito, limitándose la defensa á la oral, ó que se haga en voz el dia de la vista.

Esta entrega (841) deberá hacerse por un término, que no podrá bajar de seis dias ni pasar de quince , y que señalará el tribunal teniendo en cuenta para ello el volumen de los autos. Todavía añade el art. 842 , que el término que se señale es prorogable , si el tribunal creyere haber justa causa para ello , siempre dentro del limite fijado en el artículo anterior,

Tramitacion de la segunda instancia en los incidentes.

Ya indicamos, pág. 497, tomo I, que seria á nuestro entender la que marcan los arts. 840 y 841 para la apelacion de providencias interlocutorias.

Tramitacion de la segunda instancia en los juicios verbales.

Tratan de ella los arts. 1,177, 1,178, 1,179 y 1,180, tomo I página 162.

De la reclamacion de nulidad el 1,164, tomo I, pág. 154.

Indicamos esta tramitacion para que nada falte aunque esta apelacion no sea para ante la audiencia.

Segunda instancia en los autos de menor cuantía.

Recibidos los autos en la audiencia y personado el apelante, se pasarán al relator (1,136) por término de tercero dia para que se instruya en ellos, y sin formar apuntamiento pueda dar cuenta á la sala á que corresponda en el dia que se señale para la vista.

La sala señalará dia para la vista (1,137) y oyendo de palabra á los interesados ó á sus apoderados, si se presentaren en el acto y únicamente sobre los hechos, confirmará ó revocará la sentencia: si es confirmatoria deberá contener condena de costas al apelante.

Se infiere de estos artículos que personado el apelante principian á tener movimiento los autos, y que sin peticion de él se señala dia para la vista: que á esta pueden concurrir los apoderados, y teniendo estos tal carácter es claro que podrán comparecer el dia de la vista, pero esto no impide que puedan tambien los litigantes conferir poder á una persona para que los represente en este acto y hable en él sobre los hechos, y si fuere letrado es evidente que no podrá usar de este carácter ni vestirse la toga. Pero el nombramiento de estos apoderados que no sean curiales, únicamente tendrá lugar por lo que respecta al dia de la vista, porque en cuanto á la comparecencia en el pleito, únicamente podrá hacerse mediante procurador, como así tengo entendido se ha decidido en la audiencia de Madrid, aunque parece que el art. 13 es general y permite la comparecencia de los interesados en los juicios de menor cuantía tanto en primera como en segunda instancia.

La no presentacion en la audiencia del apelado no será obs-

título para que continúe en su rebeldía la sustanciación de la instancia (1.159).

El art. 1158 ha dado lugar á graves dificultades. En él se dispone que, *sino se personare el apelante dentro de ocho dias contados desde el en que se hubieren recibido los autos en la audiencia, los devolverá esta al juez de primera instancia para que la sentencia se lleve á efecto, y condenará al apelante en las costas que la remesa de los mismos autos hubiere dado lugar.* Se puede verificar el caso de que los autos vengan al reparto, estén mas de de ocho dias en él, que el procurador vaya á la escribanía á oponerse y no los encuentre, y de consiguiente no pueda verificar la oposicion: que entretanto se repartan á una escribanía y sala determinada, y el procurador se presente con el poder y escrito correspondiente, pero la sala atendiendo al rigor del artículo, pasado el término de los ocho dias sin comparecencia, los devuelva á inferior. Estas dificultades provienen de haberse señalado un término, cuyo origen ó principio no es notorio. ¿Cómo se sabe cuando los autos han llegado á la audiencia? ¿Se dice en el cofreo los pliegos que llegan y lo que contienen bajo su carpeta? ¿Puede saberse tampoco en la audiencia? Para esto seria necesario que en la secretaría de gobierno se pusiese una relacion de los pleitos de menor cuantía que habian llegado, y que hasta que se repartiesen á escribanía determinada, en ella se admitiesen las oposiciones. Si así no se hace, muchos son los disgustos que se esperan á los procuradores y las indefensiones que ocurrirán á las partes.

Sino deja de hacerse la oposicion, se verificará el caso de que se confirme ó revoque la sentencia y de consiguiente el del artículo 1160, esto es, *que confirmada ó revocada la sentencia apelada, se devolverán los autos al juez de primera instancia con certificacion de la tasación de costas, si hubiese habido condena para su ejecucion y cumplimiento. Entonce recibidos los autos en el juzgado de primera instancia (1161), se procederá en los términos prevenidos en el título de la ejecucion de las sentencias.*

Tramitación de la segunda instancia en los juicios ejecutivos.

Esta tramitación es muy sencilla.

Recibidos los autos en la audiencia, dice el art. 1001, luego

que se presente alguna de las partes pasar in al relator para hacer el apuntamiento. El art. 857 que habla generalmente de las apelaciones, previene que se pasen los autos al relator luego que se hubiere presentado el apelante. ¿Por qué esta diversidad? Debemos manifestar francamente que no encontramos la razon de esta variante, porque si se nos dijese que en las apelaciones comunes si comparece el demandado, puede pedir, prévia la acusacion de rebeldía, que se declare desierto el recurso, ó la declarará la audiencia, acusada que sea, nos parece que lo mismo cabe hacerse y con mayoría de razon en la segunda instancia de un juicio ejecutivo, que debe tener una sustanciacion mas rápida. ¿Que necesidad debe haber de que se haga el extracto si el apelado puede pedir que la rebeldía se acuse y se declare desierta la apelacion?

Entendemos, pues, que esta variante es el resultado de una distraccion, por la que se han variado palabras que debian haberse conservado siempre las mismas. Estas contradicciones no hubieran tenido lugar si se hubiese formado un título comprensivo de las disposiciones comunes á todas las apelaciones, reservando para las segundas instancias de cada juicio las especialidades. Por ejemplo, podria haberse expresado con respecto al ejecutivo que (1002) formado que sea el apuntamiento, se entregará con los autos por término de seis dias á cada una de las partes para su instruccion. El (841 dice, que no podrá bajar de seis dias ni exceder de quince en la apelacion de interlocutoria).

Pero pudiera muy bien haber omitido el 1003 que dispone que al devolver los autos cada una de las partes, deberá manifestar bajo la firma de su letrado su conformidad con el apuntamiento, ó las adiciones, supresiones y reformas que en él deban hacerse. Y así mismo el 1004 sobre que habiendo conformidad en el apuntamiento, ó hechas las rectificaciones que el tribunal estimare procedentes, se mandarán traer los autos á la vista con citacion y señalamiento de dia para ella; pues estas son disposiciones comunes á todas las segundas instancias.

Mientras la ley contiene estas redundancias, omite hablar de la adhesion á la apelacion, que en mi concepto cabe en estos juicios.

La verdadera especialidad de esta segunda instancia consiste en la comunicacion por término de seis dias por via de instruccion, y

en lo que establece el art. 1006 sobre que en las segundas instancias de los juicios ejecutivos, solo será admisible la prueba que, propuesta en la primera, no se hubiere practicado por falta de tiempo y pueda realizarse en veinte dias, únicos porque en dicha segunda instancia se podrán recibir á prueba, y finalmente, en que la sentencia (1007) se dictará dentro de los tres dias siguientes al en que la vista hubiere terminado. ¿Podrán presentarse documentos que se jurase haber llegado á noticia del que los ofrece? ¿No ha de poder utilizarse la parte del beneficio del art. 225? Si se pide en virtud de una escritura y esta se dejó sin efecto por otra otorgada *inter moras litis* ¿no seria injustísimo que se repeliese? Si se encontró una escritura otorgada antes de despacharse la ejecucion, pero que invalidase la que dió lugar á ella, debería decirse lo mismo. Tenemos entendido que este caso ya se ha ofrecido en la audiencia de la corte, y trataremos de averiguar lo que se decida.

El 1008 guarda cierta correlacion con los 970, 971, disponiendo que la sentencia confirmatoria deberá contener condena de costas al apelante, la revocatoria al apelado. Y finalmente, la en que se declare la nulidad de la ejecucion, al que haya dado motivo á ella.

Por último, tambien debe considerarse como una disposicion comun que no exija ser colocada entre las especialidades de esta instancia, la del art. 1009 sobre que los autos se devolverán inmediatamente al juzgado, con certificacion de la sentencia que hubiere recaído, en la cual se comprenderá la tasacion de costas, para su ejecucion y cumplimiento. ¿A qué fin este artículo cuando los 885 y 886 contienen disposiciones idénticas? La ley ha crecido en volumen sin necesidad.

Tramitacion de la segunda instancia en los interdictos.

El art. 760 con solo variaciones de palabras es igual al 1001, como podrá comprobarse por su cotejo. *Recibidos* (dice el 760) los autos en la audiencia, y personada alguna de las partes, se pasarán al relator para que forme apuntamiento. El 1001 dice lo mismo, sin otra alteracion que la de usar del verbo presentar, etc.

El 761 previene que sino se personase el apelado, se entenderá la sustanciacion de la instancia con los estrados del tribunal.

Así lo dispone la segunda parte del art. 838 al tratar de las apelaciones en general. Y no podía menos de ser así; porque no concurriendo el apelante y si el apelado, á la primera rebeldía que este acuse debe declararse desierto el recurso, paso que puede considerarse indispensable, porque media un acto en virtud del cual se opuso al fallo: pero si el apelado no concurre, su falta de asistencia no debe impedir que el apelante lleve adelante su recurso, no siendo necesaria la acusación de rebeldía, cuando en los estrados pueden hacerse las notificaciones, y en cualquiera estado de los autos que comparezcan, puede oírsele tomándolos en el estado en que se encuentren.

El art. 762 habla de que formando el apuntamiento se entreguen los autos por seis días improrogables para instrucción: que al devolverlos espresará cada parte bajo la firma de su letrado y procurador su conformidad con el apuntamiento ó lo que en él crea deba agregarse ó variarse. Lo mismo se previene en los artículos 1,002 y 1,003 relativos á la segunda instancia del juicio ejecutivo, sin mas diferencia que en el 1,002 no se dice que los seis días hayan de ser improrogables, y que en el 1,003 no se exige la firma del procurador para espresar la conformidad acerca del apuntamiento,

El 763, con ligeras variaciones, es igual al 1,004. Para que nuestros lectores se convenzan copiaremos el primero pues el otro ya lo está: *Habiendo conformidad con el apuntamiento ó hechas las agregaciones ó variaciones que el tribunal estime procedentes de las que las partes exigieren, se mandará traerlos á la vista con señalamiento de día.*

En las segundas instancias de los juicios ejecutivos solo será admitible la prueba que no hubiere sido posible hacer en primera por falta de tiempo: en las segundas instancias de los interdictos únicamente se permite examinar al testigo que no lo hubiere sido por ausencia. El art. 764 dice lo que sigue: *En las segundas instancias de estos juicios solo podrá hacerse la prueba que propuesta en primera instancia no hubiere sido posible ejecutar en el juicio verbal por la ausencia de algun testigo ú otra causa semejante.* Del tenor de las últimas palabras se infiere que si no se hubiese podido verificar la presentación de algun documento, podrá presentarse tambien supliendo el defecto de la primera instancia.

Si alguna de las partes (continúa el 764) lo solicitare, podrá practicarse la que se halle en este caso, librándose orden al juez de primera instancia para que la reciba en juicio verbal, en la forma que queda establecida. Devuelta la orden despues de cumplida (765), se procederá á la vista, en la cual se leerá á la letra, además del apuntamiento, el acta de este juicio verbal.

Si en las segundas instancias (1007) la sentencia debe dictarse dentro de los tres dias, etc., en las de los interdictos (767) debe dictarse asimismo dentro de tercero dia, contado desde el en que la vista tenga lugar.

El art. 768 advierte que la sentencia condenatoria debe contener la condena de costas al apelante. Véase su similitud con el 1008.

Por último, el 769 concluye haciendo la siguiente prevencion: *Los autos se devolverán inmediatamente al juzgado de que procedan con certificacion de la ejecutoria, de la tasacion de costas, si hubiere habido condena, y sin ningun otro inserto para la ejecucion y cumplimiento de la sentencia.*

Por el cotejo que hemos verificado de la tramitacion de la segunda instancia en los interdictos y juicios ejecutivos, se vendrá en conocimiento de que reyna casi una absoluta igualdad y que hubieran podido economizarse muchos artículos, y de consiguiente palabras sin cuenta con grande ventaja para la claridad.

Segunda instancia en los desauicios.

Se sustanciará (660) en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren en los interdictos.

Segunda instancia á virtud de apelacion de las sentencias dictadas en la ejecucion de otras.

El art. 907 habla de la sentencia que se dicte, fijando la cantidad que deba abonarse, y el 918 aprobando la liquidacion: entrambas apelables.

En ambos casos la apelacion debe sustanciarse, en nuestro concepto, como si fuese de providencia interlocutoria.

Tramitacion de la segunda instancia en la apelacion de sentencias sobre liquidacion de cantidades á virtud de un fallo ejecutorio.

En todos los casos en que se apele de sentencias sobre liquidacion (919) de cantidades, cuya importancia no se haya fijado en las ejecutorias, se observarán los trámites siguientes:

1.º *Remitidos los autos á la audiencia, se entregarán para instruccion por seis dias improrogables á cada una de las partes. Debe presumirse que antes se pasarán al relator, segun se infiere del núm. 2.º y se ordena por regla segun general en las apelaciones (837).*

2.º *Devueltos que sean, se pasarán al relator por otros seis para que adicione el apuntamiento.*

3.º *Pasados dichos seis dias, se señalará el en que haya de verificarse la vista.*

4.º *Concluida la vista, se pasarán los autos al ministro ponente por seis dias.*

5.º *Dentro de los tres dias siguientes se dictará sentencia contra la cual no se da recurso alguno.*

6.º *Los autos se devolverán inmediatamente al juzgado de que procedan, con certificacion solo de la sentencia que se haya dictado y de la tasacion de costas, si hubiere condena.*

Es digno de notarse tambien lo que se dispone en los artículos siguientes á saber es que (920), *no personándose el apelante, y trascurridos los dias del emplazamiento, se devolverán los autos al juzgado para que se lleve á efecto la sentencia apelada.* Esto se entenderá cuando no comparezca el apelado, pues este puede pedir que se mejore la sentencia, adhiriéndose á la apelacion, derecho que no puede negársele sin injusticia, por la falta de comparecencia del apelante.

Entendemos tambien que las costas de la devolucion y demás causadas en la superioridad, cuando no comparezca el apelante, serán de cuenta de este, y se comprenderán en la certificacion.

El art. 921 declara que, *la no presentacion del apelado no será obstáculo para la sustitucion de la segunda instancia: porque como se ha admitido en estos negocios el principio de proceder de oficio,*

como lo prueba la remesa del proceso luego que trascurra el término del emplazamiento sin gestión alguna del apelado. Si á favor suyo obra el tribunal, es claro que su intervencion no era necesaria.

Segunda instancia en los incidentes de pobreza.

Preveniendose en el art. 195 que la pretension de pobreza se acomodará á los trámites establecidos para los incidentes en los juicios ordinarios, es consiguiente que la segunda instancia sobre la defensa por pobre se haya de arreglar á la tramitacion en segunda instancia de los incidentes.

Incidentes en segunda instancia.

Si ocurriese cualquier incidente durante la segunda instancia, se sustanciará como queda prevenido respecto á los que puedan ocurrir en la primera (889).

La providencia que en los incidentes recayere, es suplicable ante la misma sala dentro de tercero dia (890).

Del recurso de nulidad en los pleitos de menor cuantía.

Tambien, dice el art. 1,154, puede interponerse contra ellas (las sentencias pronunciadas en estos juicios) recurso de nulidad, si se hubiere protestado oportunamente hacerlo, en los casos en que el juez haya declarado el negocio de menor cuantía, teniéndola mayor.—El recurso de nulidad deberá interponerse á la vez que el de apelacion.—Uno y otro se interpondrán y admitirán para ante la audiencia.

Interpuestos los dos recursos (1,155) ó cualquiera de ellos, se remitirán los autos á la audiencia, poniéndolo en conocimiento de las partes.

La tramitacion será igual que en las apelaciones ó segundas instancias de los pleitos de menor cuantía.

Estrañamos, que siendo la cuestion de nulidad meramente de ley ó de derecho, no se permita concurrir á los abogados. Enhorabuena que, cuando se trate de una cantidad pequeña, no se consien-

ta la concurrencia del letrado, pero ¿cómo puede negársele participación en el exámen de una cuestion de derecho?

Ministro ponente.

En las segundas instancias tropezamos despues de la nueva ley con un funcionario encargado especialmente de la recta administracion de justicia. Dice el art. 36: *para cada pleito se nombrará en los tribunales (Supremo y Superiores) un ministro ponente, llevando un riguroso turno entre los que compongan la sala, con exclusion del presidente; porque este tiene otras obligaciones, que exigen su atencion y que deben hacerle dispensar de esta carga.*

Este cargo es demasiado pesado para que lo haya de sufrir uno solo: el ponente no ha de limitarse á adquirir del negocio un conocimiento suficiente para juzgar, sino tambien discurrir los medios para difundir la claridad en los demás, y esta tarea es gravisima para que la carga no se reparta entre todos los de la sala, exceptuado el presidente que tiene á su euidado otras atenciones gubernativas. Este turno produce en todos los magistrados un hábito de atencion pesquisidora que se hace extensiva á todos los negocios, porque el que adopta un método y se habitua á él ya no lo abandona. Esta institucion de los ponentes destierra de los tribunales colegiados ese estado pasivo, esa necesaria indolencia que produce la inmovilidad en los hombres, cuando se les precisa á oír y no obrar.

El 37 pasa á señalar las funciones diciendo, *será cargo del ministro ponente:*

1.º *Informar á la sala sobre la reforma ó adiciones del apuntamiento solicitadas por los litigantes. Para este efecto se le pasarán préviamente los autos.*

2.º *Examinar los interrogatorios y posiciones presentados por los litigantes, y calificar su pertenencia. Si se reclamare contra la calificacion que hicieren decidirá la sala. Esta calificacion si es denegatoria de prueba parecia suplicable con arreglo al espíritu del artículo 275 y el tenor del 66; pero se opone el 872.*

3.º *Presidir la práctica de las diligencias de prueba y recibir cualesquiera declaraciones que la sala ordenare.*

4.º *Autorizar las ratificaciones y hacer los discernimientos de todo cargo.*

5.º *Redactar las sentencias con arreglo á lo acordado.*

6.º *Leerlas en sesion pública del tribunal, para dar mas aparato y cierta solemnidad á un acto tan grave, cual es la decision de un negocio.*

Si bien reflexionamos, este artículo contiene varias repeticiones de lo que dice el art. 53 relativo á asimismo al ministro ponente, cuyo tenor es el que sigue. *Los jueces y ministros ponentes en los tribunales colegiados recibirán por sí las declaraciones, y presidirán todos los actos de prueba.*

Los ministros ponentes, sin embargo, podrán cometer á los neces de primera instancia, y estos á los de paz, las diligencias cuando deban practicarse en pueblo que no sea el de su respectiva residencia. Pero en seguida establece una restriccion de la que ya hemos hecho mérito en otra parte, y es la de que ni los ministros ponentes, ni los jueces de primera instancia, ni los de paz podrán cometer estas diligencias á los escribanos.

Del ministro ponente, que es una institucion imitada del Tribunal de la Rota, pudimos tratar en seguida del apuntamiento, pero nos ha parecido mejor reservar su exámen para este lugar por ser la vista y la sentencia la ocasion en que el ponente debe desplegar toda su energía y atencion. Un juez ó magistrado que debe redactar el fallo, debe fijarla intensísima sobre todos los puntos del pleito, oir con un cuidado religioso los informes; en una palabra, no permitir ni un solo ápice, porque sobre él debe pesar una doble responsabilidad. Es el ángel custodio del pleito, la guia de sus compañeros.

Antes muchas de las funciones del ponente las desempeñaba el ministro semanero.

De las vistas de los pleitos.

Examinadas todas las diligencias que exige la tramitacion, se procederá á la vista, que no es otra cosa que un acto solemne y público en que haciendose relacion de lo resultivo del proceso se oye en voz á los letrados de las partes.

El órden que debe observarse en este acto lo explica el art. 864,

que dispone que las vistas se verificarán hablando en primer lugar el letrado defensor del apelante: en seguida el del apelado, y que á ambos será permitido rectificar equivocaciones ó restablecer los hechos que hayan podido ser presentados con inexactitud. Si se permitiese á todos volver á hablar, la polémica sería interminable. La defensa debe tener sus límites. *Sunt certi denique fines*, etc.

Pero no puede procederse indistintamente á la vista de cualquier pleito por mas que se halle concluso y en estado de verse, sino que las vistas (861) de los pleitos se verificarán por riguroso orden de antigüedad, bajo la responsabilidad del presidente de la sala. Asi que si este orden ha de seguirse, es una consecuencia indeclinable que los señalamientos para ellos se verificarán sin necesidad de solicitud de las partes (862).

Advierte, finalmente, el art. 863, que si por ocupaciones de la sala ó de los letrados se transfiriese á otro día cualquier vista, no por ello se alterará el orden establecido, mas que lo absolutamente indispensable para que la vista suspendida pueda tener efecto lo mas antes posible.

Si se vuelven los ojos á los arts. 38 39 y 40, se verá que los que acabamos de transcribir no hacen mas que repetir su contenido, aunque sin copiar una particularidad que contiene aquel, y es la de ordenar que la vista suspendida se traslade al día mas inmediato posible, por estableciendo como regla general que tanto en tribunales superiores como en los juzgados de primera instancia los pleitos se verán por el orden con que se hayan mandado traer á la vista.

El art. 39 dispone que el mismo orden se guardará respecto á las sentencias interlocutorias sin que sea permitido anteponer unos negocios á otros: y el 40, que á pesar de lo dispuesto en los anteriores se dará preferencia para la vista á los negocios que deban tenerla segun la ley.

Negocios privilegiados para la visita.

Segun el art. 109, las vistas de las competencias tendrán lugar precisamente dentro de ocho días siguientes á la devolucion de los autos por el fiscal.

Por el art. 1005, la vista de los pleitos ejecutivos tendrá lugar con preferencia siempre á la de los ordinarios. La vista de las

apelaciones (766, en los interdictos) tendrá preferencia con respecto á las interpuestas en los juicios ordinarios, y se verificará con riguroso turno con las sentencias definitivas de los juicios ejecutivos á que está declarada igual preferencia.

Del tenor del art. 1156 se infiere que la tiene la vista de las apelaciones en pleitos de menor cuantía.

Igual observacion puede hacerse con respecto á los recursos de fuerza: pero esta preferencia y la del caso anterior se funda tan solo en una presuncion razonable.

Publicidad en las vistas.

El despacho de los negocios y las vistas de los pleitos (41) serán públicos, tanto en los juzgados de primera instancia como en los Tribunales Superiores y Supremo. Esceptúanse los casos en que á juicio del tribunal ó juzgado convenga sean secretos estos actos, por respeto á las buenas costumbres.

La presencia del público, dice Meyer, es un freno que pocas personas se atreven á quebrantar. Con efecto, la publicidad contribuye á que las partes teman incohar pleitos injustos ó dar lugar á debates, que aunque se dirijan á sostener derechos que sean de rigurosa justicia, sin embargo, no sean de muy agradables consecuencias para la opinion del que los promueva. A veces el vencedor sale humillado en un pleito con su misma victoria.

Los defensores se esfuerzan mas en la defensa de los negocios, en la incertidumbre de tener tal vez un auditorio numeroso: y los jueces y magistrados por respecto á sí mismos, al lugar que ocupan y á las funciones que ejercen, tienen que oír con compostura y con paciencia todo cuanto se les diga, y mantenerse en una constante atencion á la vista de un público observador.

Segun dice el mismo Meyer, la publicidad destierra la impericia y el abuso de autoridad en los jueces: imposible es que un juez inepto pueda sostener las miradas del público, y mucho menos un abogado podrá sostener una reputacion usurpada.

La publicidad la distinguen los autores en exterior é interior: la 1.^a es aquella por la que se admite al público en las audiencias y en las vistas: la 2.^a es la que espone los motivos de las sentencias. Entrambas las establece la nueva ley como una garantía á

favor de los litigantes, del bien general de la sociedad y en pro de la justicia. Los fallos quedan sujetos al escarpelo de la ciencia.

Pasos posteriores á la vista y anteriores al pronunciamiento de las sentencias: votacion: discordias: redaccion de sentencias: reserva de votos: registro de sentencias y votos.

Concluida la vista, dice el art. 865, se procederá á dictar sentencia dentro de los términos señalados en los párrafos 2.º y 3.º del art. 331, y en la forma establecida en el 333. (Vid. tomo II, pág. 90.)

Pero ese espacio de tiempo no se concede inutilmente; es para que los ministros de los tribunales mediten sobre el negocio y puedan preparar su fallo. No están obligados á pasar por lo que oyeron en voz al relator y á los defensores de las partes; pueden examinar el proceso segun lo otorga el art. 49 que establece que *cualquier ministro de tribunal colegiado podrá, concluida la vista, pedir los autos para reconocerlos privadamente. Si fueren varios (30) los que los pidieren, el presidente de la sala señalará el término porque cada uno de ellos haya de tenerlos, dentro del fijado para pronunciar sentencia, de modo que en ningun caso se prorogue este. En el mismo dia que termine la vista, y con presencia del tiempo que deba invertirse en el exámen privado de los autos si se hubiere pedido, señalará el presidente el dia en que haya de votarse la sentencia.*

Siempre el presidente tendrá la advertencia de señalar este dia con alguna anticipacion al que espire el término, porque llegado el momento de la votacion se suscitarán quizás discusiones, que pueden dar lugar á que ministros que se suponian suficientemente enterados conciban dudas, y para confirmarse en su opinion ó rectificarla necesiten tambien ver los autos.

Debemos observar que el mismo término se señala á las audiencias que á los jueces de primera instancia para pronunciar sentencia; pero los primeros quedan sujetos si los dejaren pasar á la correccion disciplinaria de las audiencias, al paso que con respecto á estas no se hace advertencia alguna. ¿Podrá hacérseles cargo de esta falta de exactitud? Aunque la ley no lo dice, cree-

mos que si el Tribunal Supremo de Justicia tuviese conocimiento oficial, podria usar de las facultades que las audiencias tienen con respecto á los jueces de primera instancia; pero tanto estos como aquellas procurarán acreditar el motivo de esta tardanza. Seguramente hay casos en que la acumulacion de negocios, y muchos de ellos en el mismo estado de sentencia, su gravedad, la indisposicion tal vez de los que deben pronunciar el fallo, ú otros motivos poderosos, impiden dar sentencia ó hacen imposible su pronunciamiento si se ha de dictar con acierto.

Reunidos los magistrados despues de la vista en el dia señalado al efecto, emitirán su opinion; y esto es lo que se llama votar. El art. 52 previene que *las votaciones tendrán lugar antes ó despues de las horas señaladas para las sesiones, y de modo que estas puedan dedicarse íntegramente al despacho y vista de los negocios.* Pero esto, á nuestro juicio, debe entenderse con cierto temperamento y dice relacion á aquellos asuntos graves que exigen discusion y que requieren un estudio profundo; porque en los demás, si concluida la vista, habiéndose preguntado por el presidente si los que componen la sala están en disposicion de votar contestasen afirmativamente, la votacion podria verificarse en el acto. Por esto no se quebranta ni la letra ni el espíritu del artículo: bien manifiesto es su objeto. Las votaciones se hacian antes en las horas de tribunal, y prolongada á veces la discusion, se retardaba el despacho ordinario ó el de los pleitos, prolongándose las horas de audiencia, aun cuando llegasen á verse en la misma mañana con grave molestia y cansancio de los mismos magistrados y con un conocido trastorno de los defensores. Estos inconvenientes los evitará el art. 52, observando con rigor la disposicion que acabamos de transcribir.

Forzoso era decir cuantos votos eran necesarios para constituir sentencia, y el art. 55 lo dice declarando que, *para que haya sentencia se necesitan tres votos conformes, cuando los ministros que hayan concurrido á la sala no pasen de cuatro, y si escedieren de este número, los de la mayoría absoluta, esto es, la mitad mas uno.* Asi es que, si hay seis magistrados, se necesitarán cuatro votos. si ocho cinco, y asi sucesivamente.

¿Pero qué se hará si no se reuniesen los tres votos conformes en el primero de los casos espresados en el artículo anterior (55).

ni los de la mayoría absoluta en el segundo, sobre todos ó algunos de los puntos que deban comprenderse en la sentencia? El art. 34 que propone esta cuestion, la resuelve diciendo, que se remitirá el pleito á mas ministros: y el 55 que, dirimirán la discordia dos ministros, si hubiere sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par.

El objeto de estas disposiciones no puede desconocerse, ó mejor dicho, se penetra con facilidad que el legislador se funda en una presuncion razonable, y es la de que no ha de haber un fraccionamiento tan grande, (como puede acontecer entre los votantes segun demostraremos) y que siendo tres los magistrados dos á lo menos estarán por una opinion y uno por otra, en cuyo caso presume, que nombrados dos para dirimir la discordia, ó se unirán al voto singular y entonces resultará de cinco votos la unanimidad de tres, ó se agregarán los dirimientes á los dos y entonces de cinco votos habrá cuatro, ó lo que es lo mismo un voto mas, que los que se exigen para formar sentencia.

Tambien se ha presumido que siendo cinco, dos podrán estar por una opinion, otros dos por otra y uno sosteniendo diversa, y que los tres dirimientes, ó á lo menos su mayoría, se agregarán probablemente á la opinion sustentada por dos. Pero ¿si no sucediese así? ¿Si en el caso de ser tres los votantes sostuviesen tres opiniones distintas? ¿Si en el caso de ser cinco sucediese lo mismo, ó dos sostuviesen una opinion, otros dos otra y el quinto otra asimismo singular, y los dos nombrados se dividiesen en su parecer ¿con el nombramiento de dos podria dirimirse la discordia, no podria llegarse á otra?

Continuemos en el exámen del artículo: cuando sea par, dice, el número de votantes se nombrarán tres. Se presume de consiguiente que habiendo cuatro puede suceder que dos estén por una opinion y otros dos por otra, y que los nombrados hayan de votar conformes. Pero ¿y si se dividiesen en tres opiniones distintas diferentes de las de los componentes la sala primitiva? Si no fuese cierta la primera suposicion y los cuatro hubiesen formulado votos diferentes, aunque los tres nombrados estuviesen conformes no habria sentencia, porque de siete votos solo habria conformidad en tres; y cuatro se necesitaban, ó sea la mayoría absoluta, para formar sentencia.

Se sigue de lo espuesto que, aunque la ley nuevamente publicada ha establecido disposiciones razonables, poco diferentes de las que establecía el art. 40 de las ordenanzas de las audiencias, se funda en presunciones que pueden salir fallidas en la práctica. En la que nosotros hemos tenido durante el régimen de las ordenanzas, hemos visto agotados todos los ministros de una audiencia, y un respetable magistrado nos ha referido el caso de haber visto continuar en la de Valencia y permanecer indecisa la discordia no obstante haberse llamado á los jueces de primera instancia, siendo los promotores los que la dirimieron.

Nosotros no negaremos que se haya hecho en la ley lo único que podrá hacerse; pero nuestra imparcialidad nos obliga á manifestar que, si no estamos equivocados, pueden ocurrir inconvenientes y conflictos que nos ha parecido del caso preveer, manifestando por último que dichos inconvenientes nacen de la constitucion especial de nuestras salas en que es tan corto el número de magistrados, y no de falta de prevision de los que al establecer ciertas reglas tienen por necesidad que acomodarse á la actual organizacion.

Considerando la ley que el caso debe ser difícil, cuando ofrece dudas y despues de un sério debate se publica la discordia, quiere que se den las mayores garantías sobre el acierto de la resolucion, y en su consecuencia el art. 56 dispone que *uno de los dirimientes será siempre el presidente en el Tribunal Supremo y el regente en las audiencias, concurriendo con ellos el ministro ó ministros de la sala donde radique el pleito, que no hayan asistido á la vista, y á falta de estos los mas antiguos del tribunal con exclusion de los presidentes de sala.* El presidente del Tribunal Supremo y los regentes de las audiencias deben suponerse con mayores conocimientos y con mas consumada esperiencia: muy conforme á razon es llamarlos á decidir cuando se necesita un voto de peso y autorizado: un voto que vá á establecer un precedente respetable. Fundada en este mismo principio la ley, despues de los ministros de la sala en que radique el pleito llama á los mas antiguos, disposicion preferible á la de las ordenanzas (art. 40 de las mismas), que llamaba á los mas modernos, esto es, á los que debian suponerse con menos práctica de negocios y menos conocimientos. La ley nueva aventaja en esta parte á las Ordenanzas,

asi lo decimos con la imparcialidad de que nos gloriamos estar poseidos (1).

Se acusará de reglamentarios estos artículos, y se dirá tal vez que no debian ocupar lugar en esta ley; pero nosotros que consideramos que la recta administracion de justicia no se debe á la enunciacion de principios pomposos, de máximas generales, que á veces su marcha ó se falsea por una pequeñez no prevista, del mismo modo que algunas ocasiones un convoy se detiene en un camino de hierro por la rotura de un tornillo, aprobamos que se hayan hecho estas mejoras y la que contiene el art. 57, en el que se ordena que *los ministros discordantes consignarán en la providencia con claridad y precision los puntos en que convinieran y los en que disintieren, y los ministros dirimientes se limitarán á deducir aquellos en que no haya conformidad.*

Hemos estudiado estas palabras una y mas veces, y en ellas hemos encontrado grandes novedades, novedades que nos obligan á detener haciendo algunas consideraciones. El artículo previene que los discordantes consignen en la providencia los puntos en que convinieran y los en que disintieren. ¿Qué es providencia? Un auto, una determinacion solemne. ¿Puede darse una providencia, un auto en otra parte que en el proceso? ¿Se conciben providencias que no estén en el expediente? Si se debia formar otro reservado, oculto, como el libro votero lo era antes, ¿por qué no se dice con claridad? Sin embargo, combinando este artículo con el 58 que ordena que haya un registro para las sentencias en cada sala bajo la custodia de su presidente, en que se extiendan las sentencias, el 60 que dispone que *el que hubiere votado de distinto modo que la mayoría, tendrá el derecho de salvar su voto: que este deberá ser fundado y se escribirá á continuacion de la misma sentencia.* y el 59 que ordena que *todos los ministros suscribirán la sentencia que se pronuncie aunque no sea conforme con su voto;* (disposicion que tiende á conciliar el mayor respeto á la cosa juzgada, evitando que el público vea las interioridades de la marcha de la justicia, las vacilaciones y dudas de sus sacerdotes y los fundamentos en que se apoyen), creemos que esa providencia de que habla el art. 57 debe consignarse en el registro. Como que á la proclamacion

(1) Quizás algun dia, si otras ocupaciones nos lo permiten, ampliaremos nuestras ideas acerca de las votaciones.

La manifestacion de la discordia debe preceder una providencia en el la que designen los puntos en que haya unanimidad de opinion, ó al menos mayoría, y los en que existiere diversidad, parece que habiéndose procedido con tal aplomo y circunspeccion es inútil la prevencion del art. 41 de las ordenanzas, de que no se procediese a ver ningun asunto en discordia sino despues de haber pasado recado á los discordantes para saber si insistian ó no en su opinion, pues no es de suponer que cuando medió una votacion precedida de una discusion razonada, receda ya el magistrado. Pero si la meditacion y el estudio le hiciesen mirar la cuestion bajo un punto diverso ¿no podria decirlo? Y si lo digese ¿debería permitirse que se procediese á la vista del negocio con nuevos gastos á las partes y retardo en la administracion de justicia? Nosotros opinamos que el magistrado que creyese deber reformar su opinion debería decirlo, y entonces el presidente haciendo consignar en el registro esta novedad, suspenderia la vista de la discordia reuniendo los magistrados para pronunciar sentencia. Lo espuesto nos obliga á no reputar como una mejora el no haber adoptado la disposicion del art. 41 de las ordenanzas de las audiencias.

La calidad de ser reservados todos estos casos é incidentes como precursores del pronunciamiento de la sentencia, hace que sostengamos que á los letrados no se les haga entender los puntos á los que precisamente debe limitarse su discurso en la nueva vista, que ha de celebrarse por necesidad, ocasionándose mayores espensas y dilaciones. ¿Y no puede suceder á consecuencia de esta vista, que los ministros discordantes consideren inadecuados los puntos sujetos á su desicion por no conformarse con los antecedentes reconocidos por sus compañeros y no ser para ellos de igual evidencia? Por ejemplo; ¿si la discordia es sobre frutos, han de fallar la cuota, si el exámen del proceso les convence que nada debia pagar aquel á quien aquellos condenaron? Entonces se les hace concurrir á una condenacion que consideran injusta y nacida de un error, y una sentencia que está todavía en embrion, se forma ó recibe su perfeccion, contra la opinion de los mismos que concurren á crearla. Sabemos que se podrá contestar que si los dirimientes consideran que la sentencia que despoce á uno no es justa, no le condenarán ni en los frutos ni en las costas, y así mejorarán su posicion. ¿Pero será esto posible en algunos casos? Sentados cier-

tos principios que se suponen ya como una verdad legal, ¿es posible evitar las consecuencias? Nosotros no hacemos mas que indicar la dificultad, aunque no creamos que los dirimientes se hallen en la misma posicion que el juez que asiste á los juicios del jurado, en los que debe limitarse á abrir el libro de la ley para aplicarla á una sentencia ajena.

Ya por fin supone la ley que despues de estos laboriosos choques, discordias y debates se ha llegado al término del avenimiento, de haber suficiente número de votos, y previene lo que se ha de hacer, que es colocar el fallo en el santuario á que se destina con los votos particulares. El art. 58 dice que, *redactada la sentencia por el ponente, segun lo prevenido en el núm. 5.º del artículo 37 y aprobada por la sala, se estenderá en un registro que habrá en cada una de ellas, bajo la custodia de su presidente respectivo, firmándola todos los miuistros: de ella se pondrá por el escribano de cámara, y con visto bueno del presidente certificacion en los autos.*

Tenemos en este artículo una novedad que altera las prácticas antiguas. Antes las sentencias se estendian en papel sellado y se colocaban en un lio que conservaba el escribano de cámara; en el proceso se ponía certificacion de la sentencia: habia además un libro en el que se escribian los votos reservados. Ahora debe haber un registro en cada sala: debe ser un libro que no ha de constar de hojas sueltas: ¿de qué papel se ha de componer siendo tan diferente la cuantía de los pleitos? Nosotros salvariamos la dificultad de un modo muy sencillo, disponiendo que se formase de sello 4.º, y que la certificacion de la sentencia se estampase en el papel que debia guardar proporcion con la cuantía del pleito.

Sabemos que este punto ha ejercitado el ingenio de algunos comentadores y de personas que han escrito artículos sobre la materia; pero la práctica ha resuelto la cuestion, y en nuestro concepto, acertadamente, segun se nos ha informado. En cada sala hay un libro llamado registro, en donde se copian las sentencias, y caso de haber discordia se anota esta con la diversidad de votos y fundamentos en que se apoyan. En el mismo registro se anotan tambien los votos que se dan por escrito. Este libro se compone de pliegos de papel de oficio, y á nuestro juicio con razon, porque

este es un servicio público correspondiente al gobierno interior del tribunal, y nos parece que se ha interpretado bien el decreto del papel sellado.

No encontramos inconveniente en que se vote por escrito: si así emite uno de los ministros su voto deberá fundarlo, porque caso de haber discordia debería estenderse en el registro: de otra suerte si se ausentara ó falleciere, su voto no sería de utilidad. Así como el presidente de la sala firma por el ministro ausente ó enfermo, así también firmará en el registro.

Creemos vigente el art. 38 de las Ordenanzas sin más que sustituir el ponente á semanero, que dice así: «El magistrado que por enfermedad ú otro legítimo impedimento tuviese que dar su voto por escrito, deberá remitirlo firmado, cerrado y rubricado sobre el lacre ú oblea al presidente de la sala respectiva, por medio del relator del pleito, y abierto y leído el voto al tiempo de acordarse la determinación, lo quemará á presencia de la sala el ministro semanero; y el que presida, después de firmar ó rubricar con los demás la providencia, notará de su letra á continuación quién votó por escrito, rubricándolo también.»

Si hubiere discordia y el voto del que vota por escrito la produjese, es claro que no podría quemarse hasta copiarse en el registro.

En nuestro concepto si algún ministro por enfermedad no pudiese salir de casa después de visto un pleito, no hallamos inconveniente en que sus compañeros vayan á votar á su posada, y aun creemos que se halla permitido por una disposición que en el momento no hemos podido hallar.

Omitimos hablar de otros pormenores que no tienen una conexión inmediata con los artículos de la nueva ley, como por ejemplo, que según el art. 74 del reglamento provisional para las providencias de sustanciación bastan dos votos: hay casos también en que el ponente solo interviene en ciertas providencias: que se principiará la votación por el ministro más moderno según el artículo 19 de las Ordenanzas, etc.

Mucho podríamos decir sobre la discusión en las votaciones, pero este es punto que dice más bien relación á otra materia, que no es del caso desenvolver ahora.

De las diligencias que deben practicarse despues de pronunciada la sentencia por los Tribunales Superiores.

Dictada la sentencia (885) y pasados los dias señalados para interponer recurso de Casacion sin que se haya interpuesto, se devolverán los autos á costa del apelante, previa tasacion y regulacion de las costas, si hubiere recaido condena de ellas.

Aunque parece rutinario este artículo, encierra una disposicion trascendentalísima. ¿Se ha meditado bien? ¿Se ha reflexionado sobre sus consecuencias? Antes no se devolvian los autos sino que quedaban archivados en las audiencias, donde los particulares tenían, al abrigo de guardianes celosos y de la égida de un Tribunal Superior en cada departamento, los títulos de su dominio y los documentos que servian de base á su propiedad. ¿Qué sucederá ahora con los procesos? Caminando de casa en casa de escribanos que se sucedan en el oficio, no habrá regularidad en su conservacion, no habrá un centro á donde se pueda recurrir con una certeza moral de encontrar lo que se busca. Se frustran por esta disposicion las miras del gobierno sobre la conservacion de los archivos porque ¿cómo ha de haberlos si no se conservan los procesos que contienen los derechos no solo de una sino de muchas generaciones? La misma ley nueva no guarda armonía con otro de sus preceptos. En el art. 225 dice que se designe el archivo en que están los documentos. Mal podrá hacerse esta designacion, y sobre todo mal podrá tenerse seguridad de que se encuentren los documentos cuando se hallen dispersos los procesos. No se conservan las notas á pesar del interés de guardar los protocolos que producen una renta ¿y se conservarán los procesos que son una carga generalmente improductiva, que no faltará quien tenga interés en quemar? Nos lamentamos de semejante acuerdo que va á producir grandes males y consecuencias desastrosas. Su perspectiva ha contristado nuestro espíritu, y nos ha hecho ser mas prolijos que lo que permite nuestro intento y que lo que consiente nuestro plan.

En el supuesto que se han de volver los autos, dispone el artículo 886 *que se devolverán con certificacion de la sentencia, en en la cual se comprendan la tasacion y regulacion de las costas*

cuando hubiere esta condena. Ningun otro inserto contendrá la certificación. De la pieza de rollo ó de la superioridad no habia otra cosa digna de insertar sino la sentencia. No obstante, cuando alguna de las partes creyere conveniente que por separado se le facilite certificación con mas insertos de las actuaciones de segunda instancia, podrá accederse á ello siempre á su costa y sin que la devolucion se detenga, si á la otra parte interesare que se verifique (888).

De toda certificación conque se devuelvan cualesquiera autos, se tomará razon en la Cancillería de la audiencia, en la cual quedarán de ella copias literales (887). Limitándose la certificación á la mera copia de la sentencia, no acertamos qué utilidad se obtiene con esa toma de razon en la Cancillería, puesto que la sentencia queda en la pieza de rollo y se estampa en la misma la nota de haberse librado la certificación.

Dedúcese de lo espuesto que en la audiencia solo quedará la pieza de rollo; que las actuaciones de primera instancia se devolverán al inferior; que la devolucion se hará con una simple certificación de la sentencia, y por último, que á cualquiera de las partes se le libraré certificación de la parte que pida de las actuaciones de segunda instancia.

De las Súplicas.

Aun cuando la nueva ley ha reducido á dos las instancias, una en el juzgado inferior y otra en las audiencias, y de consiguiente ya no se ven en estas en tercera los pleitos, se hace sin embargo, mérito de las súplicas en los arts. 47, 66 y otros.

Al hablar el art. 45 de las correcciones disciplinarias, dice que contra cualquiera providencia en que se impusieren, se oirá al interesado, si lo solicitare dentro de los tres dias siguientes al en que se hubiese notificado, ante el mismo juzgado ó sala que hubiere impuesto la correccion, (46) y luego espresa el 47 lo siguiente: *La providencia que se dictare será apelable para ante la audiencia, si fuere de un juez: y suplicable, la de una sala de audiencia, para ante la que siga en órden en la misma, ó la primera si es la última.* Esto es, se seguirá el turno de suplicar de la sala primera á la segunda, de la segunda á la tercera y de esta á la pri-

mera. Vemos establecido un principio; el de la apelacion del juez inferior á la audiencia: de una sala de esta á otra; pero muy luego este principio se viene á inutilizar ó á lo menos á cubrirse de dudas, desvirtuándolo en el art. 66.

Tenemos, pues, autorizada la súplica en la correccion disciplinaria impuesta por sala de una audiencia.

El art. 65 solo concede tres dias para pedir reposicion al juez de primera instancia de las providencias interlocutorias que dictare, y si no accediere á la reposicion, podrá apelarse en igual término: y luego añade el 66. *De las providencias interlocutorias pronunciadas por los tribunales Supremo y superiores podrá suplicarse dentro del término señalado en el artículo anterior (tres dias). La sala que las hubiere dictado previa audiencia de la otra parte, si lo estimare necesario, determinará sobre la súplica lo que crea justo y procedente.* Pero ¿cuál será esta determinacion? admitir la súplica ó resolver sobre el fondo? Se advierte una grande oscuridad y una destruccion indirecta del pensamiento y de la regla que contiene el art. 47: si la misma sala ha de decidir del fondo, se frustra el beneficio que primeramente concedia francamente la ley; pues frustrarlo es poner á un tribunal en el caso de que reforme lo que ha hecho, colocándole en el doloroso conflicto de faltar á la justicia ó á su dignidad.

El art. 76 no admite otro recurso contra las sentencias de las audiencias que el de Casacion, ni contra las en que una audiencia denegare la prueba, 872: y ninguno tampoco el 1,060 contra las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia; por consiguiente queda en cuanto á la cuestion principal desterrada la súplica, recurso de indole especial propio de los tiempos y organizacion que tenian antiguamente los tribunales.

El art. 890 establece que la providencia en los incidentes sera suplicable ante la misma sala.

Véase, pues, á qué queda reducido el recurso que impropia-mente se apellida súplica.



CAPITULO XXIX.

Del recurso de Casacion.

Uno de los problemas mas difíciles de resolver ha sido siempre el de determinar cuándo debería reputarse decidido judicialmente un negocio, con todas las garantías de acierto y con la seguridad moral de que se habia resuelto con arreglo á los principios de la justicia despues de un exámen concienzudo. En el tomo I, capítulo V, hicimos una breve reseña del método de enjuiciar observado entre los romanos, y en la pág. 42 fijamos la época en que se introdugeron las apelaciones.

Algunos han derivado los recursos extraordinarios que se conocieron en las legislaciones de los pueblos, que se fueron organizando despues de la caída del imperio romano, en los títulos *quæ sententia sine appellatione rescinduntur* del Digesto, y *quando provocare non est necesse*, del Código.

«Antiguamente, nos dice un escritor francés, la parte que en Francia intentaba quejarse del mal juzgado que contenia una sentencia suprema, era admitida á apelar contra ella por medio de una proposicion de error: el rey concedia letras que remitian á las partes ante otros jueces, que por lo comun suspendian durante cierto tiempo la ejecucion del fallo; de lo cual resultaban muchos abusos, que procuró remediar Felipe de Valois mandando que cuando se obtuviesen tales letras ó cédulas, fuesen remitidas las partes ante los mismos jueces, y que la proposicion de error no impidiese la ejecucion de la sentencia. Era preciso además que el querellante diese caucion de pagar las costas, daños y perjuicios y una multa doble al rey, caso de que sucumbiese.»

«Las proposiciones de error fueron derogadas por la ordenanza de 1667: desde entonces no hubo mas que dos medios de proveerse (apelar ó recurrir) contra las sentencias contradictorias, dadas en última instancia, ó la súplica civil (*requete civile*) ó la via de casacion. Y para que una sentencia fuese susceptible de casa-

cion, era necesario que contuviese una contravencion formal á una ley clara y vigente.»

«Las demandas de casacion de sentencias dadas por las jurisdicciones inferiores y de los acuerdos de los parlamentos, se presentaban ante el *Consejo privado de las partes*, que hoy se halla reemplazado en cuanto á este punto por el tribunal de Casacion, que creó la ley de 1.º de diciembre de 1790.»

•A este tribunal está esclusivamente reservado anular las sentencias pronunciadas en última instancia, cuando contienen violacion de ley ó de las formas, ó demasía ó exceso de poder.»

Espuesto brevemente el origen de este recurso en una nacion vecina, cumple á nuestro deber hacer una relacion sucinta de la filiacion de recursos parecidos, que se han conocido en España hasta llegar al que ha establecido la nueva ley.

Desde luego debemos fijar la vista en primer término en la ley 4.ª, tit. 24, Part. 3.ª que dice, «que una de las cosas porque mas señaladamente los hombres pueden pedir merced al rey, es cuando son juzgados por él ó el adelantado mayor de su corte, de que no se pueden alzar, para que sean oidos otra vez sobre aquel juicio, ó que lo mejore si fallare razon porque lo haya de hacer: pero esto se entiende de aquel juicio que el rey ó el adelantado diese conociendo del pleito, principalmente encomenzándose ante él. Ca si el pleito fuese librado por juicio de el alcalde de alguna ciudad ó de alguna villa, e fuese tomada alzada de él para el adelantado mayor de la provincia, e confirmase la primera sentencia e se alzase otra vez la parte de este juicio á la corte del rey, si el rey ó el adelantado mayor confirmase los juicios sobre dichos, dende adelante no puede pedir que oya de cabo aquel pleito: fueras ende si él le quisiese hacer merced como señor.»

Hallamos, pues, examinada esta ley, que por equidad se concedia por la Magestad la audiencia en los casos en que no habia alzada ni apelacion. Véanse las leyes 17, 18 y 19 del tit. 4, Part. 3.ª

Sin embargo, don Juan I en Briviesca (ley 2.ª, tit. 20, lib. 11, Nov.), estableció que de la sentencia de los oidores hubiese súplica ante los mismos, sin recurso á la Magestad. Esto sucedia en 1387, pero muy luego en Segovia, año 1390 (ley 1.ª, tit. 22, libro 11), se concedió segunda suplicacion para los pleitos que

se principiase ante los oidores, dando fianza de pagar 1500 doblas, equivalentes á 21,858 rs. y cuartillo, pues cada dobla valia 14 rs. 19 mrs. segun opinion comun.

Todavía el señor don Felipe V en 1700 estableció el recurso de injusticia notoria, previo depósito de 50,000 maravedis que en 1705 se aumentó á 500 ducados (ley 1.^a y 2.^a, tit. 25, lib. 11). De suerte que, para los pleitos que principiaban por caso de corte en las audiencias, se concedia el recurso de segunda suplicacion, y para todos los demás el de injusticia notoria.

Los autores atribuyen la creacion de este recurso á que el de segunda suplicacion se habia hecho ordinario, y á que se consideró conforme otorgar otro para los que hubiesen principiado el pleito en el inferior y sin embargo supusiesen haber recibido algun agravio. Contribuyeron no poco las opiniones de los comentadores, de manera, que el señor don Felipe V halló la materia preparada para darle la forma que le dió (1).

Este era el estado de las cosas, cuando nuestra legislacion sufrió gravisimas alteraciones por la abolicion de los casos de corte, estincion del Consejo de Castilla, y por la creacion del Tribunal Supremo de Justicia. Indispensable parecia que, de dejarse algun recurso contra los fallos de las audiencias, se arreglase á la nueva situacion creada por tantas modificaciones como se habian verificado en nuestro procedimiento. El gobierno atendió á esta necesidad, y en 4 de noviembre de 1858 se publicó un real decreto, designando los casos en que podia tener lugar el recurso de nulidad y las reglas de su tramitacion.

Entre tanto se formó la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, y como por ella se desterró la tercera instancia, era mas lógico y justo que se concediese un recurso á los litigantes, y que este fuese mas ámplio y fácil que el que antes se les otorgara.

Hemos llegado paso á paso y al través de las sombras de la antigüedad hasta el estado actual, hasta el *recurso de Casacion* creado por la nueva ley, en cuya esplicacion vamos á ocuparnos, lijando, segun nuestra costumbre, los siguientes puntos:

1.º Qué se entiende por recurso de Casacion.

(1) El que desee mas ilustracion puede ver, entre otros autores, las observaciones de don Juan Antonio Marin Alzola, abogado de la corte.

2.º Contra qué sentencias y en qué pleitos procede, y méritos en que debe fundarse.

3.º Tribunal que debe conocer de este recurso.

4.º Dónde debe interponerse y por quién, dentro de qué término: requisitos de que deben ir acompañados: tramitación para su admisión.

5.º De la interposición de los recursos de Casación por el ministerio fiscal.

6.º De las apelaciones de la negativa del recurso: su tramitación.

7.º De la tramitación en el Tribunal Supremo de estas apelaciones.

8.º De la reclamación ante el Supremo Tribunal contra la admisión del recurso de Casación, acordada por el Tribunal Superior.

9.º Ejecución de las sentencias de que hubiere interpuesto recurso de Casación.

10. De la separación del recurso que haga el apelante.

11. Tramitación ante el Tribunal Supremo cuando se admita el recurso por el Superior.

12. De la vista en las providencias denegatorias del recurso.

13. De la misma en los recursos.

14. Sentencias del Tribunal Supremo, y declaraciones que deben contener.

15. Observaciones sobre puntos que en nuestro concepto se han omitido.

1.º *Qué se entiende por recurso de Casación.*

Por *recurso de casación* (1) se debe entender, según la nueva ley (1010); el que se da contra todas las sentencias de los tribuna-

(1) El señor don Pedro Gomez de Laserna ha tratado de legitimar la adopción de esta nomenclatura, nueva en nuestra jurisprudencia. Sabemos que casar, en el sentido de anular, es palabra castellana. Por lo demás, no somos tan puristas que reeusemos una palabra por que la usen los franceses, cuando se trata de un recurso al que no pueden aplicarse con exactitud los nombres de *segunda suplicacion*, *injusticia notoria* ni *nulidad* sin cierta violencia. Aunque fuese estrangera esta palabra, no nos negaríamos á darle carta de naturaleza. Nuestro idioma nada pierde con esta adopción.

tes superiores que recaigan sobre definitiva si concurren las causas que se espresan en los arts. 1012, 1013 y siguientes. Es la nueva revision de sus negocios que se concede á los litigantes cuando se pronunció un fallo que terminó la contienda, faltando á la justicia, ora sea en la esencia ó en el fondo, ora en las reglas de tramitacion indispensables para que haya una garantía de que ha podido ser apreciada aquella, y no ha existido indefension, que debe suponerse siempre que se ha hollado el procedimiento. No es una tercera instancia comun que se conceda en todos los negocios: es un remedio extraordinario que se otorga, cuando se ha quebrantado la ley, bien sea en la determinacion del punto litigioso, bien en la manera de ventilarlo.

Es el único recurso que se concede contra las sentencias definitivas de las audiencias (76), y aun contra los fallos de los árbitros (818), si su nombramiento hubiese recaído para que determinasen un asunto que se hallase en segunda instancia (817).

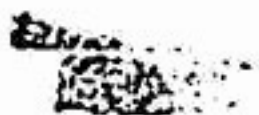
2.º—Contra qué sentencias y en qué pleitos procede, y méritos en que debe fundarse.

El legislador debia poner el mayor ahinco en impedir que sobre esta materia pudiese suscitarse la menor duda. Era preciso, pues, nada dejar al arbitrio ni á la interpretacion. Por eso el artículo 1014 principia determinando los fallos contra los que puede incoarse este recurso, diciendo: *Se entiende sentencia definitiva para los efectos de la disposicion que antecede, la que aun cuando haya recaído sobre un artículo, ponga término al juicio y haga imposible su continuacion; en pleito que no sea posesorio, ejecutivo, de menor cuantía ó verbal (1014); de modo, que si se hubiere formado artículo de incontestacion, fundado en no deber contestar la demanda por ser un negocio acabado el que se promueve; si se fundase en el desconocimiento de la calidad de heredero que se atribuyese el demandante; calificando el juez el artículo y declarando no estar obligado el demandado á contestar la demanda, el demandante tenia cerrada las puertas del templo de la justicia de una manera irrevocable. Esta sentencia, aunque interlocutoria, produciría un gravámen irreparable; mas irreparable tal vez que un fallo definitivo sobre lo principal: porque al fin uno puede ser*

condenado en una sentencia al pago de una cantidad determinada, v. gr. mil duros, ó á perder una finca de menor valor; pero la desestimacion de un artículo puede impedirle reclamar sumas mas considerables ó intereses de mayor cuantía. La ley se halla bien concebida en esta parte, y su determinacion acredita un profundo conocimiento de los negocios. Imparciales, alabamos lo que merece alabanza, al paso que, como escritores, no podemos menos de manifestar lo que no consideramos acertado.

Tambien se entiende sentencia definitiva (continúa el artículo 1014) *para los mismos efectos la en que se declare haber ó no haber lugar á oír á un litigante condenado en rebeldía.* Esta negativa lleva consigo consecuencias muy trascendentales: no parece por lo tanto sino muy conforme que el recurso se otorgue (1200).

De los artículos de la ley se infiere que este es un recurso supremo que se concede tan solo cuando no hay otro, y por eso en el art. 1014 se dice que *en los pleitos posesorios, en los ejecutivos y en todos los demás, despues de los cuales puede seguirse otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto de ellos, no se da recurso de Casacion, fundado en ser las sentencias contrarias á ley ó doctrina legal.* Seguramente si el condenado tiene abierto otro rumbo para obtener remedio, no hay razon para que se apele á uno extraordinario. Asi en la ley de Partida se ordena que no se conceda la restitucion siempre que de otra manera pueda conseguirse el mismo fin. Sin embargo, sea cual fuere la naturaleza del juicio (esceptuados los verbales y de menor cuantía), si se han atropellado las formas, si se ha impedido la defensa, se admitirá el recurso, pues de lo contrario se concederia una carta-blanca para quebrantar en ciertos negocios impunemente la ley: así lo previene el mismo art. 1014 prescribiendo que *si proceden los que se funden en cualquiera de las causas expresadas en el art. 1015,* aunque advierte que *ni una ni otra clase de recursos proceden en los juicios verbales ni en los de menor cuantía.* ¿Y por qué? No hallamos otra razon que el corto interés que se ventila, que debe hacer cauto al legislador para que otorgue una especie de revision que debe quedar reservada para otros negocios, prescindiendo de que no es de presumir, que en los que se ventilan derechos ó cosas de tan corto valor, sobrevengan esos quebrantamientos de ley ó de doctrina, y que se atropelle una tramitacion



sencilla. Por último, concediéndose el recurso de nulidad contra el fallo del juez de paz en los verbales y contra el del juez de primera instancia en los de menor cuantía, se cree sin duda haber hecho bastante en beneficio de los litigantes. A estos fundamentos atribuimos la decisión de la ley, sobre la cual quizás emitamos algún día nuestra opinión más estensamente.

Pero el recurso de Casacion no debía otorgarse sin una razón fuertísima, sin méritos poderosos. Estos méritos pueden decir relación al fondo, á la sustancia de la cuestión litigiosa ó á la forma. Puede ó haberse quebrantado la ley en cuanto á lo decisivo ó en cuanto á lo ordinativo. *El recurso de Casacion puede fundarse (art. 1012): En que la sentencia sea contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales.* El quebrantamiento de la ley es un hecho tan evidente y tan claro que no puede sufrir dificultades: esta es en la realidad una injusticia notoria y que no se puede tergiversar, porque el que falla contra derecho falta gravemente, ora sepa la ley, ora la ignore, cuando por obligación y en cumplimiento de su ministerio debe saberla. Así que en este caso concurre la notoriedad de que hablaba don Antonio Alfócea, y que se exigía en los recursos antiguos, «esto es, la que sea tan clara que escluya toda ofuscación ó confusión sin más que gobernarse por las reglas lógicas para discernir con prudente arbitrio si la materia propuesta será objeto de dificultades y dudas entre los demás hombres según los principios y cuestiones subalternas que en el negocio hayan dado motivo á discusión.» De todo puede dudarse, pero hay dudas racionales é irracionales; de estas jamás se ha hablado, porque los peritos en la ciencia no dudan, ó á lo menos no deben dudar de lo que es disimulable á los ignorantes concebir dudas.

En la actualidad el recurso parece más limitado en sus fundamentos por cuanto el artículo previene que se haya de fallar contra ley; pero en nuestro concepto no solo se falla contra ley prescindiendo de ella, sino cuando se aplica fraudulenta y cavilosamente, cuando se le da una inteligencia torpe, contraria á su letra y á su espíritu, y finalmente, cuando en su examen, como dice el autor citado, se observase una criminal ligereza. El magistrado, según la expresión de los jurisconsultos romanos, no debe atenerse á la materialidad de las palabras de la ley, sino que

debe atender á su valor, á su potestad, á su verdadera inteligencia.

El señor don Pedro Gomez de La Serna ha demostrado recientemente en la esposicion de los motivos de la ley de Enjuiciamiento, que se insertó en el núm. 112 de EL FARO, 4.^a época, el motivo por que se habian omitido las palabras *ley clara y terminante*, que contenia el decreto de 4 de noviembre de 1858, que calificó de redundancia peligrosa. Se funda en que si á esas palabras se les diera su sentido literal, el recurso hubiera quedado desnaturalizado: que el Tribunal Supremo no les dió importancia: que no es de presumir ignorancia tan supina en los tribunales, ni prevaricacion tan escandalosa; y sobre todo, añade, que el objeto de estos recursos es mas elevado; el de completar el derecho escrito en la interpretacion usual, fijar la verdadera inteligencia de las leyes y suplirla en sus omisiones.

Esta doctrina está de acuerdo con la que acabamos de esponer.

Muy estrecho seria el círculo de la queja, si se hubiera esta limitado á su quebrantamiento, omision ó absurda interpretacion de la misma. El art. 102 admite tambien el recurso, cuando se haya dado la sentencia contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales. No todo se halla escrito ni puede escribirse: los autores aragoneses al hablar de ciertas doctrinas decian que estaban escritas *in capitibus prudentum*; hay cierta jurisprudencia tradicional, cierto fondo de ciencia que se halla diseminado en los escritores, en los fallos de los tribunales. El que es llamado á juzgar no puede desatender estos oráculos del saber. El señor Marin Alfócea, § 33, decia: «si la comun inteligencia de la ley; si las decisiones de los tribunales, si el sistema adoptado por los mismos con discusion y penetracion mas sólida de los principios que rigen en la materia de la ley, hubiese ya formado como una especie de legislacion, parece que no habiéndose conformado con ella los jueces en la sentencia de revista, habrian hecho una notoria injusticia, privando al condenado de lo que por un título comun correspondia ó estaba declarado á favor de los demás.» O como dice el señor La Serna en el lugar citado: «la ley sola no constituye el derecho: la costumbre es parte esencial de él, cuando está depurada, se halla legítimamente introducida y se funda en precedentes respetables. La ley por otra parte pocas veces da

nueva y espresa aprobacion á los principios capitales, á los dogmas inconcusos de la ciencia del derecho: tomándolos por base edificativa sobre ellos: no les da nueva sancion porque seria absurdo el dársela á lo que dicta la recta razon, la conciencia universal del género humano y mil generaciones se la han dado: los considera de un órden superior: teme profanarlos si los toca, y sabe que están muy sobre la obra que emprende y que son mas duraderos que ella, porque se derivan de la naturaleza racional del hombre, y porque en todos los paises y en todas las épocas y en todas las circunstancias son ley, sin necesidad de que como ley las formule el legislador."

Ilustrado, á nuestro entender, suficientemente el punto, pasemos á la segunda clase de recursos que se diferencian por la naturaleza de su fundamento. El art. 1013 dice: *puede fundarse igualmente (el recurso) en cualquiera de las causas siguientes:*

1.^a *Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias.* La ley habla del emplazamiento y no de la citacion, porque el emplazamiento lleva consigo la citacion y porque esta seria inútil si no se le digese á la parte dónde y cuándo debe concurrir. Sin citacion y emplazamiento falta la raiz del juicio, ora en primera, ora en segunda instancia, y por eso este defecto anula el juicio y da lugar al recurso.

2.^a *Falta de personalidad en el litigante ó en el procurador que lo haya representado.* Si los poderes del procurador no son bastantes, si no es tutor el que haya comparecido con esta calidad, si ha litigado como mayor el que era menor; como muger soltera la casada, habrá falta de personalidad, y de consiguiente lugar y mérito para el recurso.

3.^a *Falta de citacion para sentencia en cualquiera de las instancias;* porque esta citacion es interesantísima por las consecuencias que produce.

4.^a *Falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias cuando proceda con arreglo á derecho;* porque la prueba es una parte de la defensa, y privando de ella á la parte, se inutiliza la audiencia, ó mas bien esta es ilusoria y una verdadera farsa (Vid. 872).

5.^a *Falta de citacion para alguna diligencia de prueba que*

haya podido producir indefension: v. gr. el reconocimiento judicial (504).

6.^a *Denegacion de cualquier diligencia de prueba admisible segun las leyes, y cuya falta haya podido producir indefension.* Muchas podrian citarse de esta clase: si se presenta un papel otorgado en cierto punto, diligencia de prueba interesante seria la compulsa, que pidiese la parte contraria, de una escritura otorgada en aquel mismo dia en otro punto distante: la negativa de este compulsorio prestaria mérito para el recurso.

7.^a *Incompetencia de jurisdiccion en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto.* Preciso es volver los ojos á cuanto hemos dicho en el tomo I, páginas 271 y 398, sobre la competencia, teniendo presente que si las partes han consentido en un juez que no era competente y han prorogado su jurisdiccion, no tiene lugar este defecto, siempre que la prorogacion recaiga en un juez ordinario: pero si la prorogacion se hiciese en favor de un juez especial como el tribunal de comercio ó el militar, no purgaría el procedimiento del vicio de la incompetencia.

8.^a *Haber concurrido á dictar sentencia uno ó mas jueces cuya recusacion intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado siendo procedente.* La procedencia de esta nulidad es tan evidente que no necesita explicacion, por cuanto han pronunciado la sentencia los que no debian ser jueces.

9.^a *O sea haberse dictado la sentencia por menor número de jueces del señalado por la ley; porque en un caso de esta naturaleza se priva á la parte de los elementos que la ley ha considerado indispensables para el acierto.*

¿Y no hay otras nulidades ó defectos que puedan dar lugar al recurso? Nosotros creemos que existen algunos. Desde luego podemos citar el art. 516 que al hablar de la notificacion del acuerdo mandando llevar el convenio, ordena que se entere al acreedor de que no protestando en el acto ó dentro de los cinco siguientes sera obligatorio, etc., y que se haga constar para diligencia bajo pena de nulidad. Si pues esta nulidad se hubiese cometido, creemos que tendrá lugar el recurso.

Però para los recursos fundados (1010) en las causas espresadas en el art. 1015, (las que acabamos de enumerar) puedan ser

admitidos, es indispensable que se haya reclamado la subsanación de la falta en la instancia en que se haya cometido, y en la siguiente si ha sido en la primera. Esta disposición se funda en el principio de que los recursos extraordinarios no deben tener cabida sino cuando se han agotado los ordinarios. Malamente podría articular una queja el que no puede decir que se le hayan cerrado todas las puertas para su remedio: sino ha obtenido la reparación ha sido por su culpa. Una duda puede ofrecer el art. 872: en él se dice que de la negativa de prueba no se admitirá sino el recurso de casación.

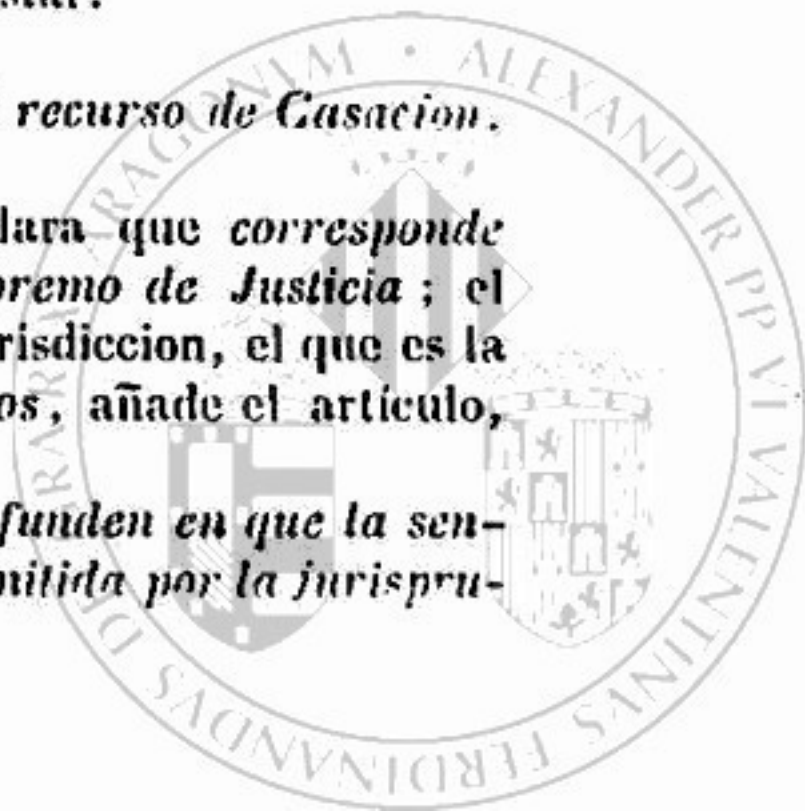
Esta declaración tan terminante parece que excluye el remedio de la súplica. Si no se interpone parece que se consiente la providencia. Aunque con duda, diremos, que nosotros en un caso de esta naturaleza solicitaríamos la subsanación, ó á lo menos protestaríamos usar del recurso de Casación por no dar por consentido el auto, porque no deja de ser dudoso pueda aplicarse en este caso la disposición siguiente.

Pero si la causa que motivó el recurso (1020), ha tenido lugar en la última instancia y cuando no ha habido posibilidad de reclamar contra ella, se admitirá el recurso aunque no haya precedido la reclamación de que habla el artículo anterior. Y la razón es, porque en este caso no ha intervenido culpa, no ha existido omisión. No está de parte de él el que no haya obtenido reparación. Anteriormente hemos hecho aclaraciones sobre este punto. ¿Se dirá que no hay posibilidad de reclamar cuando la ley no lo permite como pretenderán algunos en el caso del art. 872? Nosotros creemos siempre mas seguro protestar.

5."—*Del tribunal que debe conocer en el recurso de Casación.*

Fácil es la respuesta: el art. 1013 declara que *corresponde conocer de estos recursos al Tribunal Supremo de Justicia; el último que se conoce, en quien remata la jurisdicción, el que es la cúspide de la pirámide judicial. Los recursos, añade el artículo, se distribuirán de esta manera.*

La sala primera conocerá de los que se funden en que la sentencia sea contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales.



La sala segunda de los que se funden en algunas de las causas espresadas en el art. 1015.

Era natural que adoptada esta distribucion y fijado este sistema, la sala primera (1075), debiese conocer de las apelaciones que se refieran á recursos fundados en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia; y la sala segunda de las que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1015.

Si el recurso se hubiese interpuesto (1016) por ser el fallo contrario á doctrina legal, y á la vez por cualquiera de las causas consignadas en el art. 1015, conocerá primero de él la sala segunda, limitándose al punto de su competencia: y si la sala segunda (1017) declarase haber lugar al recurso, se devolverán los autos al tribunal de que procedan. Pero si declarare (1018) no haber lugar al recurso, se pasarán los autos á la sala primera para que lo sustancie y determine en la parte que tenga por fundamento la infraccion de la ley ó doctrina legal.

Tambien con respecto á las apelaciones de negativa del recurso en el Tribunal Superior, se sigue la misma regla estableciendo el art. 1074, que el conocimiento de las apelaciones denegatorias de sentencias de recursos que se hayan fundado al mismo tiempo en infraccion de ley ó doctrina y en alguna de las causas espresadas en el citado art. 1015, corresponde á la sala segunda.

Hemos agregado todos estos artículos por la intima conexión que tienen entre sí y por la identidad de sus disposiciones. Ahora corresponde que esponamos la razon por la cual se conoce antes del recurso fundado en los defectos de ritualidad que del que se apoya en infraccion de ley ó doctrina legal. El motivo por qué en nuestro concepto se ordena este conocimiento con anterioridad, consiste en que seria una ridiculez tratar de la anulacion del procedimiento si se fallare acerca del fondo, porque decidiendo sobre este punto era inútil tratar del otro. ¿A qué fin anular un procedimiento cuando la sentencia se dejaba sin efecto? ¿A qué fin anularla si se habia de retrogradar en las actuaciones?

La ley ha seguido, en nuestro concepto, el sistema y el orden que debia seguir. Conózcase primero, ha dicho, de si hay defecto en la ritualidad: si lo hay y se declara en cuanto á él el recurso, las actuaciones deben retrogradar, la sentencia queda sin efec-

to: quizás al pronunciarla de nuevo los magistrados, advertidos por el escrito que presentó la parte alegando la infracción de ley ó doctrina legal, recedan de su anterior opinion, enmienden su yerro y eviten las quejas de la parte reclamante.

Si estamos conformes con esta parte de la ley y reconocemos su acierto, no nos parece tan digna de encomio en cuanto dispone dos vistas, una sobre el recurso fundado en la ilegalidad de los procedimientos y otra en cuanto al quebrantamiento de ley ó de doctrina. ¿A qué fin dos vistas? ¿Qué provecho de este retardo y aumento de gastos puede originarse á las partes? Una misma sala en un solo acto y con una sola vista, ¿no podría fallar desestimando el recurso sobre la ritualidad y calificándolo en cuanto al fondo? Si por el contrario, observaba que se habia quebrantado la ritualidad, calificaba el recurso en cuanto á ella y se abstenia de hacer declaracion alguna en cuanto al fondo. Mas sencillo nos parece este método, que en nada perjudicaba para una acertada resolución. Costas y delaciones evitaba á las partes y tambien una grave dificultad, á saber: si se deben exigir dos depósitos cuando se alegan para fundar el recurso los méritos de los arts. 1012 y 1013: y asi mismo si perdido el un recurso debe perderse todo el depósito ó tan solo la mitad.

4.º — Dónde deben interponerse los recursos, por quién, dentro de qué término, requisitos de que deben ir acompañados, tramitación para su admision.

Todos los recursos de Casacion (dice el art. 1021), se interpondrán en la sala de la audiencia que haya dictado la sentencia contra la cual se intenten. Asi debia ser: el orden exige que aquel tribunal que causó el agravio sea sabedor del remedio que se intenta contra él, y que se siga la gradacion de recurrir al mismo, para que, admitiendo la reclamacion, la eleve al Supremo Tribunal.

Pero para que pueda tener curso, es indispensable que se haga dentro del término de que, segun el art. 1022, es el de diez dias, contaderos, por supuesto, desde el siguiente de la notificacion de la sentencia (25) al procurador, el cual puede interponerlos sin necesidad de otro poder que el que haya tenido para seguir la úl-

tima instancia. Aun cuando esta habilitacion concedida al procurador economiza tiempo y gastos, no obstante, consideramos muy corto el término de 10 dias, primero, porque ningun procurador se atreverá á incohar este recurso sin consultar al interesado: segundo, porque para interponerlo necesita celebrar consultas, ó á lo menos formarse un escrito que exige meditacion: tercero, porque es indispensable contar para el depósito con fondos.

Dejamos explicado ya ante quién, por quién y dentro de qué término debe interponerse el recurso; ahora corresponde que veamos, qué circunstancias deben acompañar al mismo, y los pasos que debe dar la sala ante la cual se deduzca esta pretension.

Como que el recurso es una súplica fundada en los méritos de que hacen mencion los arts. 1012 y 1013, se hace preciso esponerlos con claridad y sencillez, segun se halla prescrito en el artículo 1024, que dice: *En los escritos en que se interpongan los recursos se citará la ley ó la doctrina infringida en la sentencia, si se fundan en alguna de estas causas. Si se fundan en algunas de las causas espresadas en el art. 1013, se espresará la omision ó falta que se hubiere cometido.* Serán, pues, estos unos escritos razonados, pero sencillos; fundados, pero breves, que contengan citas, pero únicamente las necesarias para apoyo de la pretension. Guárdense los letrados de entrar en divagaciones, de dar rienda á una amplificacion que no cuadra con la índole de un recurso, que debe ser severo en sus formas, que debe presentarse dotado de fortaleza, de dignidad y de valentía, pero mezclado de respeto, pues aun cuando se sostenga al frente de un tribunal que ha errado, esto no debe decirse en tono de reconvencion, sino con cierto género de modestia, y como quien siente verse en tan dura necesidad.

Además es necesario que el que incohe este recurso, prometa verificar el depósito: antes era necesario hacerlo desde luego; ahora, como veremos mas adelante, basta que se acredite dentro de diez dias siguientes á la notificacion del auto, en que se admita el recurso, haberlo hecho.

Hasta aquí hemos manifestado lo que debe hacer la parte: ahora corresponde que veamos lo que debe ejecutar la sala. Lo hallamos escrito en el art. 1025, en los términos que siguen: *Interpuesto el recurso, la sala, sin trámites ni sustanciacion alguna (sin conferir traslado á la parte contraria ni al ministerio fiscal), examinará si*

concurrer las circunstancias siguientes: En los recursos que se funden en infracción de ley ó de doctrina legal:

1.^a Si la sentencia contra que se interpone ha recaído sobre definitiva (En el sentido explicado en el art. 1011).

2.^a Si se ha interpuesto en tiempo: porque esta es una condición necesaria.

3.^a Si se han citado la ley ó disposición legal quebrantadas. Entendemos que se ha padecido una equivocación involuntaria, poniendo disposición legal en vez de doctrina legal. Si no, ¿qué diferencia hay entre ley y disposición legal?

Estos son los puntos sobre los cuales debe fijar su atención la sala en los asuntos, en que el recurso se interpone sobre una cuestión que entraña el fondo: en los recursos que se funden en una de las causas expresadas en el art. 1015, el exámen debe abrazar los puntos que á continuación anunciaremos.

1.^a Si la sentencia contra que se interpone ha recaído sobre definitiva.

2.^a Si se ha interpuesto en tiempo. Estas dos causas son iguales á las anteriormente expresadas, con respecto al otro recurso.

3.^a Si se han designado la omisión ó falta en que se funde: y si son ó no de las expresadas en el art. 1015.

4.^a Si ha sido reclamada la omisión ó falta de la manera prevenida en el art. 1019 con la modificación establecida en el 1020, esto es, si se ha pedido la reparación de la omisión ó falta en la instancia en que se haya cometido, y en la siguiente también si se hubiese cometido en primera, no pudiendo perjudicar si se hubiese causado en la última, y no hubiese habido posibilidad de reclamar.

La sala tiene, pues, la plantilla á la que debe someter sus observaciones, su exámen é investigación. La ley le hace anticipadamente las preguntas, á que según su conciencia debe contestar, y se las estampa para que no divague, para impedir que se introduzca la confusión en un asunto que no debe ofrecer dificultad en cuanto á su resolución sobre estos extremos, que son puramente de hecho. Es preciso reconocer, que este artículo es tal vez uno de los mejores de la ley, concluyendo con determinaciones que merecen nuestra aprobación. (Después de este exámen,

despues de la comprobacion de estos extremos) *se dictará en seguida sentencia admitiendo ó denegando el recurso. Y añade: toda otra cuestion [es de la exclusiva competencia del Tribunal Supremo y debe reservarse para su decision.* Advertencia importante y que merece tenerse muy presente. El tribunal á quo, el Tribunal Superior contra cuyo fallo se reclama, no tiene facultades ni puede resolver mas que una cuestion casi de hecho, esto es, la de si se han cumplido ó no los requisitos que señala la ley en los diversos casos, pero no la de derecho: de manera que á la misma no le compete decidir si efectivamente la ley que se cita ha sido infringida, pues entonces se entrometería en lo que es peculiar de las atribuciones del Supremo Tribunal.

De todos modos, para resolver la cuestion que se somete á la sala, es preciso que se proceda con mucho pulso y detencion, y la ley exige el pronunciamiento de un acuerdo respetable. *La providencia (1026) que se dictare admitiendo ó denegando estos recursos, será fundada.* (En ninguna se necesitaba con mas razon la expresion de los motivos en que se apoye.) *Cuando se admita se expresará que concurren para hacerlo todas las circunstancias necesarias al efecto que se referirán, y cuando se deniegue se expresarán las circunstancias que faltan, con individualidad y precision.* Verdaderamente, si el litigante no se obceca, podrá en vista de esta providencia, continuar con paso firme la prosecucion del recurso ó desistir de él. Podrá conocer, si el entendimiento de su letrado no se nubla, si es ó no conveniente insistir ó receder.

De la providencia denegatoria se concede el recurso de apelacion, del que hablaremos despues, concretándonos ahora á examinar lo que debe hacerse cuando se admita, explicando el periodo de esta última tramitacion. Ya hemos dicho que la ley exigia una garantia, que consistia en un depósito; garantia que exigian tambien las leyes antiguas, pero que la moderna ha modificado en dos maneras: primera, no disponiendo que se verificase previamente sino en tiempo oportuno: segunda, disminuyendo la cantidad.

A la remesa de los autos al Tribunal Supremo (hasta entonces, hasta que el recurso se halla admitido, no se exige el cumplimiento de este requisito) ha de preceder (1027) si el recurso es por infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, el depósito de 4.000 rs. en metálico si fueren conformes de toda confor-

midad las sentencias de primera y segunda instancia. No siéndolo se remitirán los autos sin exigir depósito alguno. ¿Y por qué? Porque esa diversidad de fallos es una garantía contra la presunción de temeridad. El litigante que vé discordes á los jueces en dos instancias, tiene derecho para incohar una tercera, para comparecer ante un Tribunal Superior á fin de que se dirima esta discordia.

La ley exige menor depósito cuando el recurso se funda en el quebrantamiento de las reglas de la ritualidad. *Si el recurso (dice el art. 1028) es por una de las causas espresadas en el 1013, precederá á la remesa de los autos el depósito de 2,000 rs.* La diferencia consiste no solo en la naturaleza de la cuestion, sino tambien en la índole del presunto agravio, que con el recurso se supone que se infiere al tribunal que falló. Seguramente faltar á la ley, prescindir de una doctrina legal, son errores que casi se equiparan al dolo: quebrantar las solemnidades puede ser efecto de descuido, de negligencia, de falta de vigilancia. Quizás por haber fijado mucho la vista en el fondo se haya separado de los accidentes.

Estas son las reglas generales: 4,000 reales para el recurso de primera clase: 2,000 para el de segunda, deben formar el depósito: pero todavía estas sumas pueden disminuir en la proporcion que espresa el 1029 de la ley que, dirigida por un principio de justicia, ha querido que esta garantía guardase proporcion con la entidad del pleito, y que habiendo suprimido la tercera instancia, ha procurado establecer un equivalente, atendiendo á nuestras antiguas costumbres, y á la poca uniformidad que reina acerca de ciertos puntos y cuestiones. *En los casos en que la cantidad objeto del litigio (1029) sea inferior á 12,000 rs. vn., no podrá exceder el depósito de la sexta parte de ella, si el recurso se funda en infraccion de ley ó de doctrina, admitida como jurisprudencia por los tribunales; ni de la dozava parte, si se funda en cualquiera de las causas espresadas en el art. 1013.* Siempre la misma proporcion establecida en el 1027, proporcion que hemos calificado anteriormente de razonable y justa.

Sabida ya la cantidad en que debe consistir el depósito, únicamente restaba examinar dónde debía verificarse, cómo debía suplirse en el pobre, y qué es lo demás que debía practicarse.

Se ha dicho que la garantía debe prestarla el que interpone el recurso con dinero, no con alianzamiento; que antes se admitia

aunque en doble cantidad), ha de ser mediante depósito, y este depósito (1030) se constituirá en el Banco Español de San Fernando: el documento de resguardo, que este ó sus comisionados en las provincias dieren, se unirá á los autos. Si el que (1032) interpusiere el recurso litigare por pobre, bastará que preste caucion de pagar dichas sumas, si fuere condenado á su pérdida, y viniere á mejor fortuna.

¿Y cuándo debe prestarse y acreditarse este depósito? El artículo 1031 lo dice. *El depósito ha de verificarse y acreditarse dentro de diez dias siguientes á la notificacion del auto en que el recurso sea admitido.* ¿Y tambien la caucion debe prestarla el pobre y acreditarla dentro de ese término? A nosotros nos parece indudable, toda vez que la caucion ocupa el lugar del depósito.

Pero no obstante, la espresa determinacion del art. 1031 se halla modificada por el 1055, que ordena que, si no se hiciere el depósito, ó aun cuando se haya hecho, no se acredite debida y oportunamente en los autos, *previa una rebeldia, se declarará desierto el recurso.* Pero que si no se acusare rebeldia, en cualquier tiempo en que se hiciere ó acredite haberse hecho el depósito, se hará la remesa de los autos en los términos prevenidos. No puede menos de reconocerse que estas disposiciones son sumamente conformes á la razon, y que están de acuerdo con la equidad.

Acreditado el depósito (1055) se remitirán los autos por el primer correo y á costa del que haya interpuesto el recurso (si fuere pobre el que lo interpuso se remitirán de oficio, prestada que sea la caucion 1056) al presidente del Tribunal Supremo de Justicia con citacion y emplazamiento de las partes, para que se personen en él á usar de su derecho dentro de treinta dias (1055). Sin embargo de que siendo los procuradores hábiles para interponer el recurso (1025) y de lo prescrito en el 534, previene á mayor abundamiento el 1054 que la citacion y emplazamiento se harán á los procuradores de las partes.

Pero cuando versa una cuestion como la que se agita en este recurso, no bastaba remitir el proceso, era preciso verificarlo tambien con respecto de otros datos indispensables para la acertada resolution. Con los autos, dice el art. 1057, *se remitirá certificacion á la letra de los votos reservados que pueda haber, los cuales perderán el carácter de secretos y correrán con el pleito.* Si son contrarios

al fallo contra el cual se interpuso el recurso, son un medio de defensa del recurrente, son una vindicacion de la opinion del magistrado que disintió de sus compañeros. ¿Qué razon hay para que se mantenga en la oscuridad lo que en tales momentos no debe quedar reservado? El magistrado que disintió tiene interés en que triunfe su opinion, y no debe privársele de la defensa, dando publicidad á sus opiniones, y presentándolas en la palestra para que las recoja el recurrente y utilice sus fundamentos.

Llevar mas adelante el secreto, sería una nimiedad. El santuario de la justicia debe permanecer impenetrable á las miradas de los profanos, hasta que se ponga en duda la justicia de un fallo; entonces todos los magistrados deben hacer pública su conducta y esperar impávidos la responsabilidad ó la censura.

3.º — *De la interposicion de los recursos de Casacion por el ministerio fiscal.*

Dos clases de recursos puede promover este ministerio, unos con el carácter de parte, otros como encargado de conservar el sagrado depósito de la ley y de las doctrinas y tradiciones judiciales. Estos últimos recursos podremos apellidarlos doctrinales, y son un establecimiento benéfico para la justicia, una invencion que impide que la inobservancia de la ley ó su quebrantamiento prescriban y se eleven al rango de ejecutorias que perjudiquen á los intereses generales la sociedad. Tratarémos de entrambos recursos con separacion.

Hay ciertos negocios en que interviene el ministerio público ó como demandante, ó como demandado, ó como coadyuvante. Si litiga, si defiende derechos, justo parece que goce de los beneficios que los demás litigantes. Así lo determina el art. 1096 con las siguientes palabras: *El ministerio fiscal puede en los pleitos en que sea parte interponer recursos de Casacion, cuando los considere procedentes, y apelar de las providencias en que se denegare su admision: pero para ello (1097) deberá acomodarse á las reglas establecidas con la sola exclusion del depósito. Deberá, pues, interponer el recurso dentro del término y fundarlo en los méritos que los mismos particulares. En esta parte no se le dispensa de la ley: únicamente se le exime de la presentacion del depósito,*

porque un funcionario público tiene á su favor la presuncion de no obrar sino á impulsos de la justicia. Así es preciso suponerlo cuando el interés personal no ejerce sobre él ninguna influencia.

Sin embargo, la ley ya que le ha otorgado esta gracia, no ha querido estenderla á la exencion del pago de costas, acordando sobre este punto disposiciones que merecen nuestro completo asentimiento y aun nuestras alabanzas. Dice el artículo 1098: *Cuando fuere desestimado el recurso de nulidad interpuesto por dicho ministerio, ó confirmada la sentencia de que hubiere apelado, las costas causadas á la otra parte deberán satisfacerse de los fondos retenidos y procedentes de la mitad de los depósitos cuya pérdida haya sido declarada. Lo mismo sucederá cuando el citado ministerio se separase de un recurso, ó de la apelacion intentada contra providencia en que se hubiere denegado su admision.* No podia tener la parte del depósito que se adjudica al fisco un empleo mas digno: el fondo proveniente de los errores ó de la temeridad se destina á cubrir una deuda de la misma ó muy parecida procedencia.

Pero como sobre este fondo pueden pesar deudas del mismo origen, el art. 1099 establece que *el pago de las costas, de que habla el artículo que precede, se hará por riguroso orden de antigüedad, y con sujecion á lo que permitan los fondos existentes.*

Esto dice relacion á los recursos que el ministerio público promueve como parte, porque ya hemos dicho que puede haber otros doctrinales, en los que no va á buscar mas que una declaracion interesante para la justicia. Así lo explica el art. 1100 diciendo que *el ministerio fiscal puede en los pleitos en que no haya sido parte, y cuyas ejecutorias creyere contra ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia, interponer recurso de Casacion.* Como el objeto de estos recursos no es otro que la defensa de la ley y de la verdad jurídica, para que no se manche ni adultere con decisiones erradas, previene el 1101 que *estos recursos pueden interponerse en cualquier tiempo: que una vez interpuestos, habrán de sujetarse á los trámites establecidos: que se sustanciarán y decidrán sin citar ni emplazar á ninguno de los litigantes, porque no tienen necesidad de concurrir á un pleito que no puede afectar sus intereses. Se les oirá, sin embargo, si se presentaren, entregándoles los autos para instruccion y citándolos para la vista.* ¿Y

por qué? Porque les conviene sostener moralmente esta ejecutoria en razon de que declarada injusta la sentencia, que ó les absuelve ó les adjudica ciertos bienes, aunque se halla resuelta la cuestion civilmente no lo queda moralmente: puede aquejarles el remordimiento, pueden dudar si en conciencia están obligados á la restitution. Véase, pues, si tienen interés en comparecer para impedir que sobre sus títulos, sobre su posesion caiga una mancha que no dejará de producir en su ánimo la angustia que ocasiona toda posesion injusta y la casacion moral del fallo que los protegía.

Nada dice la ley de si habrá lugar á exigir la responsabilidad á los magistrados, pero sí manifiesta (1102) que *si los interesados no han hecho uso del mismo recurso en tiempo hábil; no les afectarán las resultas del interpuesto por el ministerio fiscal, ni la ejecutoria se podrá alterar ni anular en lo mas mínimo: añadiendo para tranquilizar todavia mas á los litigantes victoriosos, que el fallo que se pronuncie solo servirá para formar jurisprudencia sobre la cuestion legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito.* Ya se tiene manifestado que este es uno de los objetos principales del recurso de Casacion.

Hemos experimentado una impresion agradabilísima al comentar estos artículos. Esta sola institucion hace dignos á los autores de la ley de la gratitud general. Ojalá que no hubieran ejecutado su obra con tanta precipitacion y hubiera salido purgada de varios defectos que la deslustran. Pero tengamos presente que, *aliquando bonus dormitat Homerus.*

Muy lisongero nos es estar de acuerdo en ciertas materias con jurisconsultos eminentes, y por eso recordaremos á nuestros lectores que en el cap. 56, pág. 480 de nuestra obra sobre la *Moral del abogado*, consideramos que habia casos en que el letrado viendo infringida la ley ó atropellada la justicia, debia representar ó escribir. Dejamos á la consideracion de nuestros lectores, con cuánto placer el que sostuvo aquellas ideas, no habrá visto la creacion de los recursos doctrinales de Casacion. Llor á los que consignaron en la ley esta institucion moralizadora. Reciban nuestro parabien, tanto mas sincero, cuanto que con una noble independencia no nos hemos recatado de decir francamente lo que no hemos considerado conforme con nuestro modo de pensar.

6.º—De las apelaciones de la negativa del recurso de Casacion por el Tribunal Superior.—Su tramitacion.

Inútil sería que la ley concediese el recurso de Casacion si la audiencia que cometió la falta en el modo de juzgar fuese árbitra para desestimarla, y de este modo pudiese alherrojar al litigante quejoso. Por eso la ley en estos casos concede la apelacion. *La providencia (1072), en que se denegare la admision de los recursos de Casacion, es apelable para ante el Tribunal Supremo dentro de los cinco dias siguientes al de la notificacion.* Ahora corresponde que veamos su tramitacion en las audiencias, que esplican los artículos siguientes. *Interpuesta en tiempo (1073) y forma la apelacion, se remitirán los autos originales al Tribunal Supremo á costa del apelante, y con citacion y emplazamiento de los procuradores de las partes para que estas puedan personarse dentro de treinta dias en dicho tribunal. ¶Para procurar la brevedad, no se exige ni informe ni ninguna otra formalidad, y con el fin asimismo de evitar retardos, si se hubiese pedido (1076), ó pidiese el cumplimiento de la sentencia, se pondrá antes de remitir los autos, la certificacion espresada en el art. 1071.*

7.º—De la tramitacion en el Tribunal Supremo de las apelaciones, que se interpongan de la negativa del recurso por el Tribunal Superior.

Si se remiten los autos por la audiencia, deberá recibirlos el Tribunal Supremo. *Recibidos en él, (1077), y luego que se presente el apelante, se pasarán al relator para que forme el apuntamiento.*

En seguida se previene lo que se hará para la continuacion del proceso. *Si no se personare el apelante (1078), trascurrido que sea el término del emplazamiento (los treinta dias) y acusada una rebeldia se declarará desierta la apelacion, condenándolo en las costas y devolviendo á sus espensas los autos al tribunal de que procedan, con certificacion de la sentencia en que se haya declarado la desercion. En esta certificacion se incluirá la tasacion de costas. Pero (1079) sino se acusare la rebeldia, cual-*

quiera que sea el tiempo en que se persone el apelante, seguirá la sustanciación del recurso.

Para hacer el apuntamiento (1080) prevenido para las vistas de estas apelaciones, se seguirá el orden establecido respecto á los que deben formarse para los recursos de Casación.

Formado el apuntamiento (1081), se entregará con los autos para su orden y término de diez días á las partes para instrucción de sus letrados.

De las pocas veces que no repite la ley, es esta una, disponiendo lacónicamente y con referencia al art. 1082, que *de aquí en adelante y hasta la vista, se observarán las reglas establecidas respecto á los recursos de Casación, en los arts. 1048, 1050, 1051 y 1053.* De estos se hace mención á su tiempo.

8.º—De la reclamación ante el Tribunal Supremo contra la admisión del recurso de Casación acordada por el Tribunal Superior.

Aunque el que hubiese ganado una sentencia en un Tribunal Superior no pueda apelar de la admisión, que hiciera este del recurso de Casación interpuesto por su adversario, puede utilizar un medio que le concede la ley y que á primera vista parece justo. Con efecto, si cuando se deniega el recurso puede apelar el que lo interpone, ¿por qué no ha de poder recurrir el que lo ve admitido, y cree que no existen fundamentos suficientes para su admisión? La reciprocidad es uno de los primeros elementos de la justicia.

La doctrina que acabamos de anunciar se halla consignada en el art. 1090 que supone que *el que habiendo obtenido una ejecutoria contra la cual se hubiere interpuesto y admitido por el Tribunal Superior recurso de Casación, creyere que no ha debido admitirse, podrá promover esta cuestión previa en el Tribunal Supremo.* Pero para que tenga lugar tal reclamación esto deberá hacerse (1091) *antes de pasar los autos al relator.* Después no tendrá lugar en ningún caso, presumiéndose consentida la admisión. La razón es sin duda la de que mientras no están los autos en el relator, el negocio no ha recibido aun la fisonomía de recurso

de Casacion, pero si el que interpuso el recurso compareció y en virtud de su comparecencia los autos se pasaron al relator, la tramitacion se halla determinada, y no cabe retroceder á examinar una cuestion prévia, que por su tardanza ha frustrado el mismo que debia promoverla.

Por lo que hace á la tramitacion el art. 1092 la determina: *la cuestion prévia de que habla el artículo anterior, se sustanciará y decidirá siguiéndose los trámites y en los mismos términos establecidos respecto á las apelaciones de las sentencias denegatorias de los recursos de casacion. A esta cuestion se limitará el apuntamiento.*

Difícil nos parece esta limitacion, porque casi es imposible que deje de entrarse en el fondo: un relator inteligente colocará sin duda por via de antecedentes lo que sea necesario para dar idea y resolver con acierto una cuestion subalterna, íntimamente enlazada con la principal.

Pueden ocurrir dos casos, que se confirme ó que se revoque la admision: *si se confirmare (1093) la sentencia en que se hubiere admitido el recurso, se procederá á sustanciarlo como sino se hubiese promovido la cuestion prévia, ampliándose el apuntamiento á cuanto fuere necesario al efecto. Si se revocare (1094) y declarare no procedente ni admisible el recurso, se devolverán los autos al Tribunal Superior á costa del que lo hubiere interpuesto, con certificacion de la sentencia pronunciada.*

Por último, *la sentencia en que se dictare bien admitido el recurso (1095), deberá contener la condena de costas en la cuestion prévia al que la haya promovido.*

Esta es la tramitacion prescrita para este incidente. Al principio de este párrafo hemos manifestado la razon en que se fundó en nuestro concepto la ley para conceder la discusion de esta cuestion prévia. Pero ahora ¿podremos preguntar si es conveniente ó no este permiso? En nuestro concepto puede ser problemática la conveniencia. Y á la verdad, en la cuestion prévia se controvierten casi las mismas cuestiones que en el recurso. Determinar si la admision del recurso procede ó no, es lo mismo que resolver si el recurso tiene lugar ó no, y nos parece algo violento que en forma de incidente se resuelva la cuestion principal. En materias que dependen de la práctica reservamos al tiempo la resolution de la

conveniencia. Bastan estas indicaciones para que los hombres observadores fijen la atencion sobre este punto.

9.º—*Ejecucion de las sentencias de que se hubiere interpuesto recurso de Casacion.*

Però aun cuando ahora la espedicion y despacho de los recursos de Casacion no debe ofrecer grandes dilaciones, con tal que el Supremo Tribunal se organice en la manera conveniente con el aumento de plazas que exija el número de negocios que se avoquen de toda la Península, puede interesar mucho á algunos litigantes que se ejecute la sentencia. A esta necesidad ha provisto tambien la ley con varias de sus disposiciones. *Las sentencias, dice el art. 1068, contra las cuales se hubiere interpuesto y aun admitido recurso de Casacion, pueden llevarse á efecto, si el que las hubiere obtenido lo pidiere, y fueren conformes con las de primera instancia.*

Dedúcese del tenor de este artículo: 1.º, que apenas se interponga el recurso, aunque no se haya admitido, podrá promoverse este incidente: 2.º, que únicamente podrá suscitarse cuando el fallo de la audiencia sea conforme con el del inferior. ¿Deberá ser la conformidad absoluta, ó bastará que lo sea en lo sustancial? Nosotros creemos que en esta última forma debe entenderse el artículo. Seguramente no considerariamos desconforme la sentencia de la superioridad con la de primera instancia, porque aquella condenase en costas y la otra no, ó vice-versa. Tal vez se suspodrá que es una no conformidad poco sustancial el que en una sentencia se condene en los perjuicios y en la otra no, porque á pesar de esta diversidad siempre hay en las sentencias un punto principal en que están de acuerdo el Tribunal Superior é inferior, y que no ofrece obstáculos ni dificultades para la ejecucion. Pero tambien puede sostenerse la opinion contraria, alegando que el cumplimiento de la sentencia es un vejámen para la persona vencida y que interpuso el recurso, y que en lo que perjudica á una de las partes no debe usarse de la interpretacion estensiva.

La ley no dice cómo debe sustanciarse este incidente: si promovido deberá darse traslado á la parte contraria: pero como cuando la ley prohíbe la sustanciacion, lo dice terminantemente, no

advirtiéndole nada en el caso actual, debe suponerse concedida, mayormente cuando la parte puede hacer observaciones que ayuden para una recta decisión, y más si se atiende á los artículos siguientes, fuera de que en el caso actual no se trata de una sentencia ejecutoriada, sino que está espuesta á reforma (891). Parece por lo tanto que antes de ejecutarla debe haber audiencia de la parte.

Además, para que el Tribunal Superior (1069), pueda acceder á la ejecución de la sentencia contra la cual se hubiere interpuesto recurso de Casacion, se necesita que el que pida la ejecución preste antes fianza bastante, á satisfaccion del tribunal, para responder de cuanto recibiere ó pudiere recibir, caso de ser anulada la ejecutoria. Y el 1070 advierte que sobre la calificación de la fianza deberá prestarse audiencia al que hubiese interpuesto el recurso; por que se halla interesado en que no sea ilusoria esta seguridad.

Pedida la ejecución de la sentencia se mandará extender (1071) certificación de ella y de lo demás que el tribunal, oyendo á las dos partes, estime necesario para su cumplimiento. Esta certificación quedará en el Tribunal Superior, remitiéndose en seguida los autos al Supremo.

Estas disposiciones en compendio las contenía el art. 10 del decreto de 4 de noviembre de 1858.

10.— De la separacion del recurso que haga el apelante.

Esta facultad se le concede con la mayor amplitud en el artículo 1045 que dispone que, en cualquier estado del recurso puede separarse de él el que lo haya intentado. En seguida espone los requisitos que se exigen para acreditar esta separacion. Para tenerlo por separado, continúa, será necesario que presente poder especial el procurador, ó que el mismo interesado suscriba el escrito en que se separe, en el cual deberá ratificarse.

Cuando la separacion del recurso (1044) se hiciere antes de concluirse la sustanciacion, se mandará devolver el depósito; porque la desistencia se verifica todavía á tiempo, y la ley tiene interés en evitar estas reclamaciones dejando abierta la puerta para que receda el apelante, que se hubiese empeñado en una pretension aventurada.

Si se verificase despues de haberse mandado traer los autos á la vista , se devolverá la mitad de él, dándose á la otra mitad la aplicacion ordinria (1044): porque ya la temeridad se ha llevado muy adelante. Aunque en ninguno de estos dos casos se habla de la condenacion de costas, nos parece que deberá pagarlas el que desista, porque no hay razon para que sufra este perjuicio el que tuvo que hacer desembolsos por la ligereza ó temeridad de su adversario. Seria contradictorio que el fisco lucrara en el segundo caso la mitad del depósito, y que la parte quedase perjudicada. Asi lo convence además el art. 1040, que aplica al pago de costas la otra mitad del depósito.

11. — Tramitacion ante el Tribunal Supremo, cuando se admita el recurso por el Superior.

Ya hemos dicho al examinar el art. 1026 que las audiencias ó tribunales superiores podian admitir ó desechar el recurso. Vamos á tratar de lo que debe ejecutarse en el primer caso ante el Supremo Tribunal; pues de lo que debe hacerse ante los superiores, ya hemos hablado anteriormente. Casi no hay mas que una repeticion de las reglas establecidas para la tramitacion de las apelaciones. *Llegados los autos (1058), al Tribunal Supremo, y luego que se hubiere personado el que haya interpuesto el recurso, se pasarán al relator para que forme el apuntamiento.*

Si el apelado comparece no hay necesidad de relato para el articulo de desercion: en esto se funda á nuestro juicio el artículo.

Trascuerridos los treinta dias (1059) del emplazamiento sin haberse personado el que haya interpuesto el recurso y acusada una rebeldia, se declarará desierto condenándolo en costas y devolviéndose los autos á sus espensas al tribunal de que procedan. Se advierte que en la providencia (1040) en que se declare desierto el recurso, se mandará devolver el depósito si se hubiere constituido, ¿y cómo ha de dejar de constituirse cuando es una condicion imprescindible para que los autos se remitan á la superioridad? Se referirá sin duda al caso en que lo interponga un pobre, despues de aplicada la parte que fuere necesaria al reintegro de la condena de costas.

Si no se acusare rebeldia (1041) se continuará sustanciando el

recurso en cualquier tiempo en que se presente el que lo interpuso. Trascurridos los mismos treinta dias (1012) del emplazamiento sin haberse personado la parte que haya obtenido la ejecutoria, se entenderá la sustanciacion del recurso en los estrados del tribunal. Si se personare durante ella, se le tendrá por parte de allí en adelante.

Estos artículos vienen á reducirse á las disposiciones siguientes: 1.^a, si comparece la parte contraria y no el que interpuso el recurso dentro de los treinta dias, podrá aquella acusar la rebeldía y entonces el recurso se declarará desierto: 2.^a, si no se acusa rebeldía y permanece en la inaccion la parte contraria, el recurrente en cualquier tiempo en que comparezca podrá utilizar el recurso: 3.^a, si comparece la parte que interpuso el recurso y no la otra, se seguirá la sustanciacion con los estrados, y siempre que esta compareciere, se le oirá, pero tomando los autos en el estado en que se hallen; de suerte que su tardanza le imposibilitará á veces aprovecharse de los beneficios de los arts. 1048 y 1049.

El art. 1045 contiene una disposicion rutinaria é infinitas veces repetida, á saber: la de que los apuntamientos los formarán los relatores, siguiendo el órden con que hayan pasado los autos á las respectivas relatorías.

Formado que sea el apuntamiento (1046) se entregará con los autos por su órden á las partes para que se instruyan los defensores por término de veinte dias (1046): cuyo término podrá prorrogarse por diez mas á petición de las partes si el tribunal encontrare justa causa para ello (1047).

Al devolver los autos las mismas partes (1048) manifestarán bajo la firma de su letrado y procurador, su conformidad con el apuntamiento ó las omisiones ó inexactitudes que á su juicio puedan haberse en él cometido. Pero en esta tramitacion hay una especialidad y es la que contiene el art. 1049 que previene que tambien podrá al devolver los autos el que haya interpuesto el recurso por ser la sentencia contra ley ó doctrina legal, citar otras distintas de las que designase como infringidas al interponerlo. Pero que despues ni por escrito ni de palabra podrá alegar infraccion de ningunas otras. Justo es que se permitiese que examinados los autos por un letrado inteligente, no se dejase ociosa ni su perspicacia ni su pericia, facultando á la parte para que alegase

los nuevos méritos que apoyáran el recurso: pero esto debía tener su límite y su escepcion. Su límite, prohibiendo alegar verbalmente infracciones de que no se hubiese hecho mencion por escrito en la superioridad, pues á conceder una amplitud indefinida, se autorizaría la sorpresa y cierta especie de asechanzas, ajenas de la nobleza con que deben plantearse las cuestiones en los tribunales. La escepcion consiste en prescribir que *en los recursos que se funden en las causas que espresa el art. 1013, no podrá hacerse variacion de ninguna clase.* ¿Y en qué consiste la razon de esta diferencia? En que el recurso, que se funda en defectos de la ritualidad, debe considerarse estrictamente limitado á las que se deducen, suponiéndose en cuanto á las demás que ha habido un género de consentimiento y aprobacion, que es de tanto poder é influjo en esta materia.

¿Y el tribunal, podrá decidir tomando por fundamento en sus considerandos, doctrinas, leyes ó defectos que la parte recurrente no haya citado? Esta cuestion la ventilaremos al hablar de la sentencia.

Ahora concluiremos este párrafo con el art. 1030, que dispone que *conformes las partes con el apuntamiento, ó hechas en él las rectificaciones que la sala haya mandado de las pedidas para ellas, despues de oido el informe del ponente con arreglo al art. 37, se traerán los autos á la vista con citacion (por supuesto de los procuradores).*

12. — *De la vista sobre las providencias de los Tribunales Superiores denegatorias del recurso.*

La vista de estas apelaciones se verificará en sala ordinaria compuesta á lo menos de tres ministros, de los cuales uno será ponente (1083). Versando la apelacion sobre auto denegatorio del recurso y ventilándose casi la misma cuestion que en los recursos, nos parece muy limitado el número de ministros que han de formar sala y decidir.

Verificada la vista, se dictará sentencia dentro de los tres dias siguientes (1084). El artículo siguiente 1085 previene que *la sentencia será fundada en los términos antes prevenidos respecto á*

los recursos de Casacion. Si fuere confirmatoria, se condenará en costas al apelante.

Advierte el 1086 que *contra las sentencias que recaigan sobre apelaciones, no se dará recurso alguno: y el 1087, que estas sentencias se publicarán dentro de los cinco días siguientes á su fecha en la Gaceta de Madrid é insertarán en la Colección legislativa.*

Publicada la sentencia (1088) si hubiere sido confirmatoria se devolverán los autos en la forma establecida en el art. 1067 (esto es, á costa de los que hayan traído, con certificación de la misma sentencia, y comprendiendo la tasación de costas si hubiere habido condenación) y si revocatoria, se procederá á sustanciar el recurso en la forma que queda prevenida por la sala á quien corresponda,

Quando unos autos se han elevado en apelación al Supremo de la sentencia denegatoria del recurso, es claro que no ha podido hacerse el depósito. Este deberá hacerse indispensablemente para que el recurso pueda seguir su curso: para esta y las demás diligencias que ante el Supremo deben practicarse, era preciso señalar un término y arreglar la forma del procedimiento. Esto es lo que determina el art. 1089 disponiendo que *los términos para constituir el depósito y demás trámites establecidos para los casos en que los Tribunales Superiores admitan los recursos, empezarán á correr y contarse en los en que hubiere apelación desde la publicación de la Gaceta de Madrid de la sentencia revocatoria.*

Mucho cuidado deberán tener el procurador y la parte en leer este papel público. Pero ¿no deberá gozar en este caso el que entabló el recurso de los beneficios que le concede el art. 1055, explicado anteriormente, pág. 524 de este tomo? Nosotros opinamos afirmativamente.

15. — *De la vista en lo principal de los recursos de Casacion.*

Esta parte de la ley se reduce á dictar reglas que establecen la ritualidad de las vistas. Dice el art. 1051: *la vista de estos recursos tendrá lugar por el orden riguroso de las fechas en que hayan mandado traer los autos. Lo mismo se hallaba prevenido en el art. 58, y también por el 1052 que determina que, si por cuat-*

quiera causa no pudiese verificarse la vista en el dia designado, volverá á señalarse otro á la mayor brevedad, evitándose en lo posible alterar el órden que queda establecido.

El 1053 hace una prevencion interesante, y es la de que ni en las vistas, ni antes ni despues de ellas puede admitirse en el Tribunal Supremo ningun documento que las partes presentaren: porque este recurso debe decidirse con los méritos que únicamente existan en los autos, ó como decian los aragoneses debe resolverse *ex eisdem*; si otra cosa se hiciese ya no se fallaria sobre lo que se hizo, sino sobre una cuestion nueva, y se faltaria á las demás disposiciones de la ley, que previenen cuando únicamente es lícita ó permitida la presentacion de documentos.

Los artículos restantes proceden á designar el número de magistrados que deben concurrir. Para la vista (1054) de los recursos, deberán concurrir siete ministros, de los cuales uno será ponente. Si faltaren uno ó mas ministros (1055) en cualquiera de las dos salas se completará el número con los de las otras por riguroso turno, que principiará por los mas antiguos. Si faltare el presidente de cualquier sala (1056), lo reemplazará el del tribunal ó los de las otras salas, por turno en igual forma.

Aun nos parece corto el número de ministros, y mas si el pleito se hubiese votado en la audiencia despues de varias discordias. Una sentencia respetable como la del Supremo Tribunal, deberia ir con la recomendacion, no solo de su justicia, sino con el prestigio de ser el acuerdo de un senado numeroso.

Nuestra tramitacion en esta parte se resiente de cierto género de mezquindad. Estas observaciones son mas poderosas si se considera que las discordias se dirimen del mismo modo en el Supremo Tribunal que en las audiencias, y sobre todo, que siendo siete los votantes, tres podrán estar en favor de la sentencia del Tribunal Superior y cuatro en contra, de modo que un voto será el que decida á favor ó en contra y resuelva un empate que envuelve, no solo la discordia entre las opiniones de los que fallan en el acto, sino entre las de los que fallaron anteriormente. Nosotros quisiéramos lujo de ministros en el Supremo Tribunal. Asi la magistratura tendria un retiro honroso: la justicia ganaria mucho y adquiririan grande prestigio las resoluciones de este cuerpo.

14.—*Sentencia del Tribunal Supremo y declaraciones que debe contener.*

Concluida la vista, se pronunciará sentencia (1057) dentro de los veinte dias siguientes.

Una sentencia de esta naturaleza no cabe duda que, cuando las otras lo son tambien, *deberá ser fundada, estableciéndose con la separacion debida los hechos y las cuestiones de derecho que se resuelvan (1058).* Es la sentencia mas respetable, como que al paso que juzga el negocio, juzga tambien de una manera indirecta á los mismos magistrados que fallaron: y efectivamente equivale á juzgarlos, que un Tribunal Supremo manifieste que han errado y que lo manifieste en público, pues como previene el artículo 1064, *la primera sentencia que se pronuncie en los recursos fundados en infraccion de la ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, y la que decida los que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1013, se publicarán en la Gaceta de Madrid, é insertarán en la Coleccion legislativa.* Claro es que el principal objeto en esta insercion, es ofrecer á los ojos de todos los que ejercen la judicatura el sentido que el primer Tribunal de la nacion atribuye á las leyes y el mérito que hace de las doctrinas, pero no puede menos de conocerse que tambien tiene por objeto secundario el de la censura de los magistrados. Los hombres de pundonor no han menester reprensiones: basta que se les pongan á su vista los yerros que cometieron. Este espectáculo mudo es una penitencia dolorosa.

De dos maneras puede resolver el Tribunal Supremo el recurso, ó calificándolo ó desestimándolo. La ley sigue en la explicacion este orden, hablando primero de la sentencia afirmativa que de la negativa; nosotros adoptaremos un método inverso para tratar seguidamente de todas las incidencias de la sentencia que califique el recurso.

Si el Tribunal Supremo, dice el art. 1062, juzgare que la ejecutoria no es contra ley ni doctrina legal, que no se ha cometido la falta en que se haya fundado el recurso, ó que no es de las que pueden motivarlo con arreglo á derecho, declarará no haber lugar á él, condenando en las costas y pérdida del depósito al

que lo hubiere interpuesto en los casos en que se haya constituido. La mitad de la cantidad (1065) depositada á cuya pérdida se condenare al que haya interpuesto el recurso, se entregará al que hubiere sostenido la ejecutoria como indemnización de perjuicios, conservándose la otra mitad en el Banco para los efectos que se espresan en el art. 1098; esto es, para pagar las costas que ocasione la interposicion de los recursos por el ministerio fiscal á la parte que litigue con él.

Hemos visto el resultado de una sentencia negativa, ó sea de la que desestime el recurso y la forma en que debe concebirse: veamos ahora cuál deberá ser el de la sentencia que lo califique y cómo debe redactarse. Hablaremos primero de la redaccion ó sea de la forma para quedar espeditos, á fin de ocuparnos en el fondo.

Si el Tribunal Supremo estimare (1059) que la ejecutoria es contra ley ó doctrina admitida como jurisprudencia por los tribunales, que se hayan citado oportunamente, ó que se han cometido una ó mas de las faltas espresadas en el art. 1015, declarará haber lugar al recurso, casando y anulando la ejecutoria, y mandando devolver el depósito constituido antes de la remesa de los autos, si este hubiere tenido lugar.

El primer paso que dá el Tribunal Supremo es el de anular la ejecutoria pero con diversos resultados, segun sea relativa al fondo ó á la ritualidad la cuestion que se hubiere agitado y que haya servido de base al recurso. Si este se hubiere fundado (1061) en alguna de las causas espresadas en el art. 1015, el tribunal mandará en el mismo fallo en que anule la ejecutoria, devolver los autos al tribunal de que procedan, para que reponiéndolos al estado que tuvieran cuando se cometió la falta que haya dado motivo á la Casacion, los sustancie y determine, ó haga sustanciar ó determinar con arreglo á derecho. Asi debia hacerse: cuando las nulidades se califican, preciso es que se haga una reposicion, y esta lleva consigo la retrogradacion de los autos á un determinado periodo del procedimiento: este período puede ser ó en el inferior ó en la superioridad, y por eso se dice que se manden los autos para que la audiencia los sustancie ó haga sustanciar.

Pero si el recurso (1060) se hubiere fundado en infraccion de ley de doctrina admitida por la jurisprudencia, dictará el tri-

bunal, pero separadamente, sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos, y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria.

Este artículo es digno de la mayor atencion, porque altera la legislacion vigente y restablece la antigua, dando al Tribunal Supremo de Justicia diferentes atribuciones que las que le concedia el decreto de 4 de noviembre de 1838; mejor diremos, que la nueva ley ha restablecido la práctica antigua. En el decreto de 4 de noviembre, art. 19, declarada la nulidad en el fondo se remitia el pleito á la audiencia, cuya sentencia habia sido censurada, para que fallase. Esta resolucion llevaba consigo graves inconvenientes. El fallo del Tribunal Supremo de Justicia iba robustecido con considerandos que eran el apoyo de su decision. ¿Qué hacia la audiencia? Reconocia su vigor y su exactitud: entonces no podia decirse que juzgaba, no hacia mas que deducir una consecuencia lógica de precedentes que se le presentaban; formular una sentencia que indirectamente se le ofrecia para que la sancionase. Los considerandos del fallo del Supremo Tribunal ejercian en la realidad una premia y una coaccion sobre el ánimo de los magistrados de una audiencia. Esto es hasta tal punto cierto, como que en nuestra práctica hemos presenciado una vista en que habiendo principiado el letrado, á quien habia sido desfavorable el fallo del Supremo Tribunal, examinando los considerandos y combatiéndolos, fué interrumpido por el presidente de la sala, el cual le manifestó que no podia consentir semejante discusion. El menos perspicaz podia conocer cuál debia ser la consecuencia de esta inhibicion. Semejante preludio daba á entender que se consideraba, como un dogma jurídico inatacable, lo que habia sentado el Supremo Tribunal.

Pero si la audiencia dictaba una sentencia igual ó parecida á la que antes dictára, de hecho, pero con un hecho elocuente desestimaba el fallo del Supremo Tribunal y sus considerandos; se establecia un antagonismo chocante y de mala índole entre el Tribunal primero de la monarquía y una audiencia, ofreciendo un escándalo á los ojos de los espectadores y no quedando ya recurso alguno contra el fallo de la audiencia, que podia decidir lo mismo ó decidir tal vez peor, sin que pudiese promoverse otra ges-

tion que la de exigir la responsabilidad. ¡Triste, miserable, difícil é infructuoso recurso para el que se viese despojado de sus bienes y fuera víctima de una injusticia!

Para evitar estos inconvenientes la nueva ley ha dispuesto que el Tribunal Supremo falle sobre el fondo, de suerte que dos sentencias deberá pronunciar en la realidad; una casando la ejecutoria, otra decidiendo en cuanto al fondo la cuestion: ó lo que es lo mismo, la sentencia contendrá dos partes; una declarativa de la nulidad, otra sustituyendo á la sentencia que se anula la que considere justa el Supremo Tribunal.

Viénese, pues, en la realidad á restablecer la práctica antigua, porque el Consejo de Castilla en los recursos de segunda suplicacion y de injusticia notoria, conocia del fondo y sobre él dictaba sentencia.

Así lo dice tambien el Sr. D. Pedro Gomez de La Serna, expresando que en esto siguió la ley de 1838 el ejemplo francés, pero lo mutiló al mismo tiempo. En la nacion vecina no se sobrepone, añade, el fallo del tribunal del departamento al de *Casacion*: despues de cinco leyes dadas para arreglar este punto, hoy, cuando el tribunal *á quo* insiste en su primer fallo, el de *Casacion* reunido en pleno resuelve definitivamente. Este sistema aumenta los gastos y las diligencias, pero no da preponderancia al Tribunal Superior sobre el Supremo. El que rige nuestros recursos de nulidad, preciso es confesarlo, no solo pone frente á frente á las audiencias y al Tribunal Supremo de Justicia; no solo escita entre ellos rivalidades peligrosas, sino que destruye el orden gerárquico de los tribunales: el Supremo decide de derecho la nulidad, pero de hecho la decide la audiencia. Y luego continuaba, no es posible rebajar de este modo al primer tribunal del Estado: no puede permitirse que otro de inferior orden venga á declarar que son nulas sus sentencias de nulidad. No siendo aceptable ninguno de estos dos sistemas, era necesario elegir otro. La comision creyó hallarlo volviendo en parte á nuestras tradiciones y tomando de los antiguos recursos de segunda suplicacion y de injusticia notoria, lo que es compatible con la institucion nueva de los recursos de *Casacion*.

La sala debe pronunciar dos sentencias, de las cuales solo se publica la que tiene por objeto la uniformidad del derecho (la otra se refiere al interés privado, á la reparacion del agravio).

¶ Tenemos en esta cita respetable una confirmacion de cuanto hemos espuesto.

Ahora propondremos una cuestion, á saber, si acerca del fondo en contrase el Tribunal Supremo quebrantamiento de ley ó doctrina legal de que no hayan hablado las partes ¿podrá declarar la nulidad y fallar á virtud de estas consideraciones? En nuestro concepto debe hacerlo y nos fundamos en que por ningun título nos parece conforme, que habiéndose elevado á un tribunal tan respetable el negocio, se deje subsistir una sentencia cuya injusticia se reconoce. La parte la reclamó por instinto en este caso, aunque equivocando los medios, pero esta equivocacion no debe perjudicar ni al que se queja ni á la justicia, objeto primario de los tribunales, y sobre todo del Supremo de una nacion.

Siendo este el último término que pueden tener las contiendas judiciales, muy natural era que declarase el art. 1065 que *no hay ulterior recurso contra ninguna de las sentencias definitivas que el Tribunal Supremo dicte sobre los de Casacion.*

Dictadas las sentencias (1067), el tribunal, en todos los casos, devolverá los autos á costa de los que los hayan traído, con certificacion de las mismas sentencias, en las cuales se comprenda la tasacion de costas si hubiere condena. Esta es una disposicion que pudiera haber entrado en el número de las generales.

Por último, se establece una regla de tramitacion, declarando (1066) que *las providencias interlocutorias son suplicables ante la misma sala que las hubiere dictado dentro de tercero dia.* No es este artículo otra cosa que una repeticion de lo que el 66 establece con respecto á las audiencias. Parece que no se debe seguir otro método distinto en la tramitacion.

45. — *Observaciones sobre puntos que se han omitido en nuestro concepto.*

¶ Nada se dice en los artículos relativos al recurso de Casacion de si puede adherirse ó no á él, y cuando el que obtuvo sentencia favorable. No creemos que pueda negarse este beneficio al que no sacó de la sentencia del Tribunal Superior el fruto que se prometia, y que sin embargo no interpuso el recurso de Casacion, por las mismas razones que se espusieron al hablar de la adhesion á la

apelacion. Opinamos que la adhesion deberia verificarse al tiempo de devolver los autos que se comunicaron para instruccion, pero no consideraríamos irregular que se hiciese en el Tribunal Superior ó *a quo*, aunque nunca la admitiríamos de parte de aquel que se hubiese querellado de la admision del recurso, ó que hubiese pedido la ejecucion de la sentencia (1).

Si ocurriesen discordias repetidas en el Supremo Tribunal, de modo que no quedasen ministros hábiles, ¿quiénes deberian ser llamados á dirimir las? Se nos dirá que el caso no es probable, pero si ocurriese, ¿qué se debería hacer? En nuestro concepto deberian llamarse primeramente los ministros honorarios del Supremo Tribunal residentes en Madrid, en defecto de los jubilados que quisieran y estuvieran en disposicion de prestar este servicio: luego el regente de la audiencia de Madrid, los presidentes de sala y ministros por órden de antigüedad, prefiriendo á los que hubieran sido regentes ó presidentes de sala en otras audiencias, y de los que con estas circunstancias se hallasen en el Supremo Tribunal de Guerra y Marina.

CAPITULO XXX.

De los juicios en rebeldía.

La ley relegó estos juicios á los últimos artículos del libro I, porque lo extraordinario de su tramitacion parece que exigía un lugar aparte. Nosotros los hemos colocado tambien al fin, aunque posponiéndoles todo lo que dice relacion á la ejecucion de las

(1) Habiendo hablado, despues de entregado el original, con algunos juriconsultos respetables, acerca de la opinion que enunciamos en este párrafo, advertimos que hallaban alguna dificultad en admitirla, por ser una sentencia pronunciada en vista una ejecutoria. Pero aunque lo sea para el efecto de poderse llevar á cumplimiento, la circunstancia de exigirse fianza demuestra que no tiene un completo vigor; y por otra parte, si uno va á atacarla, ¿por qué no ha de poderla atacar el otro litigante que callára hasta entonces por prudencia? Menos dificultad debe hallarse en admitir la adhesion, cuando la ley establece el recurso doctrinal del ministerio fiscal. Nuestros lectores pensarán como crean mas conforme. Nuestro deber es indicar dónde puede haber dificultades para que mediten sobre ellas.

sentencias; punto comun á las que se dictan en audiencia y en rebeldía.

Segun nuestra anterior legislacion, contra el demandado, que no comparecia á los llamamientos del tribunal, dos medios se concedian; ó el del *asentamiento*, que estaba ya en desuso (y del que hablaremos despues, comparándolo con la retencion y embargo que establece la nueva ley,) ó el de continuar el pleito por todos sus trámites despues de citado el demandado y declarado rebelde; pero la sustanciacion era muy diversa de la que la nueva ley ha adoptado, por cuanto la demanda no se declaraba contestada á la primera rebeldía, y porque aun declarada esta y señalados los estrados como punto en que recibir las notificaciones y citaciones, sin embargo, en dos períodos mas del pleito, se le buscaba al rebelde y se le hacia la notificacion personal, y si no era dable, á su muger, hijos y criados, de manera que en la realidad habia tres notificaciones; la de la demanda, la del auto de prueba y la de la sentencia, y aun habia casos en que se notificaba el auto de declaracion en juzgado.

De una extrema latitud hemos venido á un rigor excesivo, toda vez que ahora solo se acusa una rebeldía y al demandado solo se le hacen ó procuran hacérsele dos notificaciones, la de la demanda y la de la declaracion de rebelde que se dictó contra él, y las supondríamos bastantes si entrambas fuesen personales y no presuntas.

Para mayor inteligencia de la nueva ley deberemos aqui recordar que los antiguos prácticos dividian la rebeldía en las siguientes clases: *notoria*, *verdadera*, y *presunta ó ficta*: *notoria*, cuando el citado en persona respondia que no queria comparecer: *verdadera*, cuando el citado legitimamente decia que compareceria ó callaba, mas no comparecia: *presunta*, cuando no constaba que la citacion hubiese llegado á noticia del citado, pues se presumia mientras no se probase lo contrario: y *ficta*, cuando cometia dolo para que no llegase á su noticia, pues entonces fingia ó suponía la ley que llegó y fué citado.

Diferencia establecia la ley entre el contumaz verdadero y el ficto, porque á este por la ley 9.^a, tit. 25. Partida 5.^a, se le concedia restitucion, mientras que el primero podia ser desde luego condenado: sin embargo, en la práctica, segun acabamos de de-

cir, solian preceder tres citaciones ó notificaciones, estando en el pueblo, ó una perentoria si se hallaba fuera de la jurisdiccion, y aun en este caso, segun Escriche, que cita la ley 8.^a, tit. 7.^o, Partida 3.^a, y la 13, tit. 4.^o y 2, tit. 15, lib, 11, Nov. Recop., era necesario que lo pidiese la parte y le acusase dos rebeldías.

La legislacion francesa reconoce tambien el juicio de rebeldía, que se denomina *default*, (falta). El art. 19 del Código de procedimientos, dice: «si en el dia indicado por la citacion, una de las partes no comparece, la causa será juzgada en rebeldía, (*par default*), salva la nueva citacion prevista en el caso tercero.»

Los prácticos franceses distinguen los juicios en *contradictorios* y en *rebeldía*: considerando en la primera clase aquellos en que habiendo comparecido la parte se negase á contestar ó defenderse, pues su silencio se reputa como un acto de aquiescencia á la demanda.

El otro es de rebeldía, pero distinguen varias clases: la una proveniente de no constituir procurador, rebeldía (*default*) por falta de comparecencia, porque se presume que la parte que no nombra procurador no quiere comparecer: la otra por falta de defensa, porque esta se supone que comienza cuando se nombra procurador: la primera se llama rebeldía contra la parte (*default contre partie*) porque no se le conoce procurador: la segunda rebeldía contra procurador (*default contre avoué*), porque teniéndolo nombrado, la rebeldía se acusa á este en nombre ó representacion de la parte.

El art. 157 concede la oposicion dentro de ocho dias si la sentencia en rebeldía se dictó contra un procurador, y si se pronunció contra la parte se admitirá hasta la ejecucion de la sentencia (158); fundándose la ley en la presuncion de que el que no tiene procurador y ha sido condenado, puede ignorar la sentencia y notificacion que se pretende habersele hecho.

La oposicion es una reclamacion que hace la parte condenada en rebeldía á la ejecucion de la sentencia, cuya reforma pide al tribunal que la dictó, y como dicen los prácticos franceses, es mas respetuosa que la apelacion, porque se pide á los mismos jueces la reforma de su sentencia, pero indicando que su error ha podido nacer de que no les ha sido dable oír la defensa: equivale á una revocacion por contrario imperio.

Nos ha parecido del caso avanzar estas ideas para que con estos conocimientos pueda ser mas fructuosa la explicacion de la nueva ley, y mas útil su exámen, evitando referencias, que hacen pesado el discurso.

Siguiendo nuestro método, creemos que el órden exige que tratemos de los puntos siguientes:

- 1.º De las penas que se imponen al litigante rebelde.
- 2.º De varios requisitos que se exigen en los juicios que se siguen en rebeldía.
- 3.º De los efectos que produce la sentencia en rebeldía y condiciones para ejecutarla.
- 4.º De los casos en que se niega y de los en que puede concederse audiencia, y de las condiciones y requisitos que deben concurrir para esta concesion.
- 5.º Del tribunal que ha de conceder la audiencia.
- 6.º Cuál será la tramitacion de la audiencia si esta se concede.
- 7.º En este número haremos observaciones diversas.

1.º—De las penas en que incurre y de las que se le imponen al litigante rebelde.

Harto demuestra el epígrafe que distinguimos dos clases de penas. Una consecuencia natural de la declaracion de rebeldía es que al litigante, despues de hacérsele saber este acuerdo, no vaya á buscársele mas en su domicilio, y que en los estrados (1185) se le hagan las notificaciones y citaciones por medio de edictos poniendo en ellas las providencias que se dictaren. Esta es ya una pena; y lo es asimismo la imposibilidad de hacer retrogradar el procedimiento segun lo dispuesto en el art. 1187, que previene, que *cualquiera que sea el estado del pleito durante la primera instancia en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciacion, sin que esta pueda en ningun caso retrogradar.*

Este artículo no prohíbe que comparezca en segunda instancia, pues habla de esta comparecencia el art. 1192, pero á nuestro juicio el artículo no ha comprendido este segundo caso, pues en la instancia de apelacion se permite retrogradar, toda vez que se

consiente que haya prueba, lo que no será lícito en primera si el término ha trascurrido.

Otra pena es la que contiene el art. 1195, la de no admitir audiencia ni ningún género de recurso al litigante que haya sido citado ó emplazado en su persona, y por su no presentación en el juicio haya sido declarado en rebeldía.

Estas son penas que son consiguientes á la conducta del litigante, ó mejor [dicho, penas en que incurre por ministerio de la ley á virtud de sus disposiciones sin ninguna reclamación de su contendor; penas que podremos considerar pasivas, que no exigen acto alguno contrario: pero hay otras penas activas, por decirlo así, que se imponen únicamente cuando hay una parte que las reclama.

Estas penas son las que contienen los artículos que vamos á transcribir. Desde el momento (dice el art. 1184) en que un litigante haya sido declarado en rebeldía, pueden decretarse, si la otra parte lo pidiere, la retención de sus bienes muebles de toda clase, (es decir, que no se observará la gradación que para los embargos y ejecuciones previenen los arts. 933 y 949) en cuanto sean necesarios para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio.

Hay una diferencia entre el embargo de los muebles y el de los sitios; diferencia que deslindan los artículos siguientes. Los bienes muebles, como fácilmente pueden desaparecer, es preciso que se ocupen, que se coloquen bajo la custodia de un depositario. Con respecto á los bienes sitios, hasta que se prohíba la enagenación y que esta se imposibilite, evitando fraudes y colusiones.

La retención (1185) se hará en poder de la persona que tuviere á su disposición ó bajo su custodia los bienes en que haya de consistir, si ofreciese garantías suficientes al efecto: porque el embargo puede hacerse en poder de un tercero según lo demuestra el art. 958.

Si no las ofrece (las garantías) se le exigirá que las preste, y si no las diere se constituirán los bienes en depósito, entendiéndose de cuenta y riesgo del dueño de ellos.

Lo mismo se hará en el caso de hallarse en poder del litigante rebelde los bienes en que deba causarse la retención: disposición humana y razonable, porque no hay fundamento para

que se le prive de lo que posee cuando ofrece las seguridades convenientes. Anteriormente ya se hallaba establecido este método en los embargos y ejecuciones, pues presentando depositario el que lo sufría no se nombraba depositario de oficio.

Las palabras tan absolutas del art. 1184 «retencion de los bienes muebles de toda clase,» y lo que se refiere del 1185 que permite se saquen de poder del litigante rebelde, ¿han de entenderse de tal modo que pueda ser privado del lecho cotidiano y demás que exceptúa el art. 951? Sin embargo de la generalidad del artículo 1185, opinamos negativamente, porque aunque el 951 se concreta á las ejecuciones, si en ellas, que se presenta claro el derecho del ejecutante se guardan estas consideraciones con el deudor, ¿será justo que se prescinda de las mismas cuando el débito ú obligación no está calificado, y el embargo es tan solo una medida de apremio y una especie de prevencion?

Disuelta esta dificultad, hablaremos del embargo de bienes sitios copiando el art. 1186 que dice: *que el embargo se hará por medio de orden á la contaduría de hipotecas correspondiente, para que se tome razon de la hipoteca judicial que desde luego se constituye sobre los inmuebles en que se cause, y de la prohibicion absoluta de venderlos, gravarlos ú obligarlos á que queden sujetos.*

Este es un embargo muy suave y que tiende únicamente á impedir el perjuicio del litigante contrario; equivale á un arraigamiento del juicio: á una caucion.

Resta ahora saber hasta cuando continuarán estas precauciones, y esto lo determina el art. 1188 disponiendo, que *la retencion y embargo de bienes que se hubieren practicado á consecuencia de la declaracion en rebeldia, continuarán hasta el fin del juicio.* Solo establece un caso de escepcion diciendo: *esceptuáse el en que el litigante rebelde justificare cumplidamente que una fuerza mayor y que no habia estado á su alcance vencer, le impidiera comparecer en el juicio. Hecha esta justificacion, se alzarán la retencion y el embargo.*

Hallándose prevenido en el art. 955 que no se lleve á efecto el embargo cuando se preste fianza, si el rebelde compareciera y la ofreciese, entendemos que no debería tener inconveniente el juez en alzar la retencion y el embargo, siempre que estas dili-

gencias no comprendiesen la misma cosa demandada, que puede tener interés el actor en que se conserve para adquirirla si vence, pues no puede suplirse con otra, pidiéndose aquella determinada-mente. De todos modos debería oírse al actor, porque si como dice el art. 1189, *la solicitud que sobre dicho alzamiento se dedujere (el del embargo) se considerará como un incidente, que deberá sustanciarse en ramo separado, y sin que se detenga por él el seguimiento de la demanda*; la pretension de afianzar constituiría otro incidente que debería resolverse con la misma tramitación.

Después de desentrañar las disposiciones de la ley, no podemos menos de hacer un recuerdo histórico sobre nuestra antigua legislación. En ella hallamos establecida la vía de asentamiento de que tratan las leyes 1.^a, y 2.^a tít. 8.^o Partida 3.^a, 1.^a, 2.^a y 4.^a, tít. 5, lib. 11, Nov. Recopilación. Era la posesión que se daba al demandante de la cosa que pedía ó de algunos bienes del demandado, ora muebles, ora sitios hasta la cuantía de la deuda. Nocompareciendo el reo dentro de dos meses siendo la acción real, ó de un mes siendo personal, se consideraba al actor poseedor, y solo tenía que responder sobre la propiedad. En este último caso, pasado el mes, tenía opción para hacerse pagar de la deuda y costas en vez de conservar los bienes, pudiendo echar mano de otros para el completo pago. El actor podía usar de la vía de prueba en lugar de la de asentamiento, dejar aquella y emprender este procedimiento.

Este medio no se hallaba ya en uso, siendo la práctica seguir el pleito en rebeldía: la nueva ley ha modificado la institución antigua de una manera bastante conforme, y para nosotros esta innovación tiene una ventaja, y es la de ser un despertador de la apatía de un litigante rebelde; es muy natural que cuando á uno se la tocan los bienes no deje de acudir al llamamiento judicial que despreció hasta entonces ó que no llegó á su noticia, por la forma especial con que ahora se hacen los emplazamientos, citaciones y notificaciones.



2.º—*De varios requisitos que se exigen en los juicios que se signen en rebeldía.*

Es condicion precisa que las providencias que se dicten en estos juicios (1183) se notifiquen en los estrados y se haga constar mediante certificacion.

Lo es igualmente que la sentencia definitiva (1190) que se pronunciare en cualquier juicio, seguido en rebeldía, además de notificarse en los estrados del tribunal ó juzgado que la haya dictado y de hacerse notoria por medio de edictos en la forma prevenida en el art. 1183, se publicará en los diarios oficiales del pueblo en que residiere el tribunal ó juzgado, y en el Boletín de la provincia.

Cuando las circunstancias del caso lo exigieren á juicio del juez, se publicará también la sentencia definitiva en la Gaceta de Madrid.

¿Qué circunstancias son estas? ¿Por qué tanta vaguedad? ¿Se perdía algo en haber mandado por regla general la insercion de las sentencias en la *Gaceta*? ¿No es este un papel que se lee mas que los *Boletines* de las provincias? ¿No notamos con dolor que en estos á veces tarda mucho en verificarse la insercion de lo que se envia, concerniente á negocios particulares, por la multiplicidad de órdenes del gobierno y disposiciones de las autoridades? Otra consideracion debió tenerse en cuenta, y es la de que en la actualidad se hacen viages con frecuencia y que son muchos los que viven, en virtud de sus negocios, fuera de su provincia y de su casa mas tiempo que en ella. Si la insercion se hace para que llegue á su noticia, el medio de la *Gaceta* era el mas adecuado y eficaz.

Pero en medio de tantas desventajas, el art. 1192, concede un favor singular. *Habiendo comparecido el litigante rebelde, despues del término de prueba, en la primera instancia ó durante la segunda, se recibirán en esta precisamente los autos á prueba, si lo pidiere, y las cuestiones que se discutan son de hecho, aun cuando no concurren todas las circunstancias designadas en el artículo 869 de esta ley.* En nuestro concepto, el artículo que comentamos no concede prueba en primera si se ha dejado pasar el

término, en conformidad al principio que sienta el art. 1187, de no retrogradar: y si el Tribunal Superior ó Supremo ha concedido la audiencia, no cabe denegar la prueba, porque ya consta de una manera implícita que por una causa no imputable, aquella no ha podido practicarse antes de la segunda instancia.

3.º— *Qué efectos producirá la sentencia dictada en rebeldía y condiciones que se evigen para ejecutarla.*

Las sentencias dictadas en rebeldía (1204) podrán ejecutarse, pasados los términos antes señalados (arts. 1196 y 1198 que establecen un mismo término, el de un año), para oír á los litigantes contra quienes hayan recaído, de la manera prevenida en el título correspondiente de esta ley. La razón es, porque trascurridos esos términos ya son verdaderamente sentencias, ya tienen el carácter de ejecutorias; sin embargo, como este es punto exclusivamente relativo al interés de las partes, se deja á su arbitrio el uso de este beneficio, y por eso el artículo usa del verbo *podrán*, que denota ser en el vencedor un acto facultativo. Habrá casos en que no le convenga la ejecución de la sentencia; entre otros nos ocurre, el de hallarse uno defendiéndose por pobre en otro pleito, y tener que salir de este estado por la ejecución de la sentencia, y así mismo cuando esta le conceda derechos y bienes, pero incompatibles con otros de que disfruta.

Mas la ley también permite que el plazo de la ejecución pueda anticiparse, bien que prestando ciertas garantías, según lo establece el art. 1205 disponiendo que *si el que haya obtenido sentencia en rebeldía, pidiere se ejecute antes de cumplirse los términos expresados en el artículo anterior, no podrá decretarse sin que se preste fianza bastante á responder de lo que reciba, si oído el litigante rebelde se le mandare devolver.* Pero como esta garantía no debe ser indefinida, la fianza de que se habla en el precedente artículo, se cancelará luego que trascurren los términos señalados para pedir audiencia contra las sentencias dictadas en rebeldía. Entonces la ejecutoria ya queda firme y cuando el derecho del actor es incuestionable, no pueden exigírsele seguridades.

4.º— *De los casos en que se niega y de los en que puede concederse audiencia, y condiciones y requisitos que deben concurrir para esta concesion.*

Principiaremos manifestando el caso en que debe negarse la audiencia, que es el que comprende el art. 1193 que dice: *al litigante que haya sido citado ó emplazado, en su persona, y por su no presentacion en el juicio haya sido declarado en rebeldia no puede oirse ni admitirse ningun género de recurso contra la ejecutoria que haya puesto término al pleito.*

Es indispensable para la aplicacion de pena tan grave, 1.º, la notificacion en persona: 2.º, la declaracion en rebeldia: esta declaracion debe hacérsele saber á él ó á sus dependientes ó criados (532) tomo I, pág. 468: de manera que en cierto modo no tiene ya excusa cuando no solo se le citó y emplazó sino que se le hizo saber asimismo que se le habia declarado rebelde.

A pesar de todo la ley ha consignado una escepcion fundada en motivos poderosos, en causas muy dignas de tenerse en consideracion. *Esceptúase* (dice el art. 1194) *el caso en que el mismo litigante acreditare cumplidamente que desde la citacion y emplazamiento, y durante todo el tiempo invertido en la sustanciacion del pleito hasta la citacion para sentencia en segunda instancia, si la hubiere habido, y si no hasta la citacion en la primera, ha estado impedido por una fuerza mayor, y que no haya dejado de existir de comparecer en juicio.*

No debe inferirse de las palabras de este artículo que sea necesario, citar personalmente al rebelde antes del pronunciamiento de la sentencia porque ya ha sido declarado tal, sino que se señala esta época como término ó punto hasta el cual debe durar su imposibilidad de comparecer á virtud de una fuerza mayor. ¿Y qué se entiende por esta? Escribhe dice «que es el acontecimiento que no hemos podido precaver ni resistir: como la caida de un rayo, el granizo, la inundacion, el huracan, la irrupcion de enemigos, el acometimiento de ladrones: *vis major est*, dice Cayo, *ca quæ consilio humano neque provideri, neque vitari potest.*» Siempre, pues, que por fuerza mayor uno hubiese estado impedido de comparecer durante todo el tiempo trascurrido desde la citacion ó em-

plazamiento hasta la citacion para sentencia en segunda instancia, si la hubiere habido, y si no hasta la de la primera, aunque haya sido emplazado en persona, podria ser oido.

Pero no se deja un término ámplio y abierto aun en este último caso sino el de seis meses, y además se exige la práctica de la correspondiente justificacion, como se vé en el art. 1195 que dispone, *que para que pueda prestarse audiencia en el caso del artículo anterior, se necesita indispensablemente que se haya solicitado y hecho la justificacion de la fuerza mayor dentro de seis meses contados desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria en el Boletín de la provincia.*

Ya hemos manifestado la insuficiencia de este medio, y por eso no insistimos en hablar mas sobre las pocas garantías que ofrece la publicacion en el *Boletín*.

Para que pueda concederse audiencia se necesita que la citacion no haya sido personal ó que sea presunta ó ficta, disminuyéndose á proporcion de la variedad de circunstancias los requisitos que se piden, ó lo que es lo mismo, menguando segun los casos la exigencia de la ley. Vamos á verlo.

Al litigante (1196) que haya sido citado por cédula entregada á su muger, hijos, parientes, criados ó vecinos, se le prestará audiencia contra la ejecutoria dictada en rebeldia concurriendo las circunstancias siguientes:

1.ª *Que la pida precisamente dentro de un año, contado desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria en el Boletín de la provincia.*

2.ª *Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de citacion ó emplazamiento le haya sido entregada.*

En este artículo se observa, que ya se abre la puerta con respecto á los rebeldes que no han recibido citacion personal, pero limitando el tiempo para comparecer á un año desde una publicacion hecha en el *Boletín*, porque se presume que despues de ella han podido tener conocimiento: pero esta presuncion no deja de ser harto débil, y mas si se considera la facilidad con que un *Boletín* se oculta en un pueblo, mayormente si el secretario de ayuntamiento está interesado por la parte que triunfó. ¿Cuánto mas conforme no hubiera sido además de esa insercion haber exigido

que la ejecutoria se notificase personalmente? Pero mas dura es la segunda condicion sobre acreditar cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula le haya sido entregada. ¿Hay necesidad de justificar en este caso mas que el olvido? O por mejor decir, ¿este olvido, este descuido no debe presumirse? ¿Qué! ¿Todos los dias no vemos que las mugeres, particularmente si no saben leer y no conocen la importancia de los papeles, y mas los hijos, parientes y vecinos descuidan dar los recados? Sobre manera es lastimosa la suerte de uno que en la primera citacion haya sufrido un percance. Sea como fuere, tenemos que tomar la ley como se nos ha dado, esperando del gobierno su modificacion en este y otros puntos, ó que al menos la suavice la jurisprudencia que interpretativamente introduzcan los tribunales.

El art. 1197 declara que *estas mismas reglas son aplicables al litigante rebelde que haya sido, citado ó emplazado en paises extranjeros, segun que estas diligencias se hayan hecho en su persona ó por medio de cédula entregada á su muger, hijos, parientes, criados ó vecinos.* Esto es, que en el primer caso, en el de la citacion personal no se le oirá, y si en el segundo, verificándose los requisitos del art. 1196.

Nos parece que debia haber admitido mas gradaciones la ley para la concecion de términos, pues alguna diferencia debia haber entre la citacion hecha á la muger y los hijos y la que se hiciese á personas estrañas de la familia, ó que no tienen tanta intimidad con el citado.

Pero aun hay otra citacion á que se dispensa favor, la que se hace por medio de edictos, citacion verdaderamente ficta ó que se funda en la presuncion de conocimiento. *Al litigante que haya sido citado ó emplazado por edictos (1198), por no tener domicilio conocido, se le prestará audiencia contra la ejecutoria, concurriendo las siguientes circunstancias, y no en otro caso.*

1.º Que lo solicite dentro de un año, contado desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria.

2.º Que acredite haber estado durante todo el tiempo invertido en sustanciar el pleito, desde que se le hubiese citado ó emplazado, fuera del pueblo en que se haya seguido.

3.º Que acredite asimismo se hallaba ausente del pueblo de su última residencia, anterior á la citacion ó emplazamiento, en

la fecha de la publicación, en el de los edictos para citarlo y emplazarlo:

El término que se le concede es de un año como á los otros, pero las justificaciones que se le exigen varían. Se le obliga á justificar no haber puesto los pies en el pueblo en que se siguió el pleito. Este es el sentido literal: pero en nuestro concepto no debe entenderse tan materialmente, porque el que hubiese pasado rápidamente por este pueblo, aunque se hubiese detenido á comer, como acontece algunas veces al que camina en diligencia, esta estancia no sería suficiente para privarle del beneficio de la audiencia.

A primera vista parece justo que pruebe la ausencia del pueblo, según ordena la disposición 5.^a, porque estando cuando se publicaron los edictos, hay una presunción de que supo su contenido. ¿Pero son estas presunciones bastante fuertes para privar de la audiencia? El resultado es, que por una presunción se le supone citado al principio y por otra después, de suerte que, á virtud de presunciones, se le priva á un ciudadano del derecho de comparecer en juicio á reclamar contra una ejecutoria dada en su ausencia y sin que haya articulado defensa, quedando en la duda de si la hubiera hecho á tener conocimiento de que se le llamaba.

5.º — *Del tribunal que ha de conceder la audiencia.*

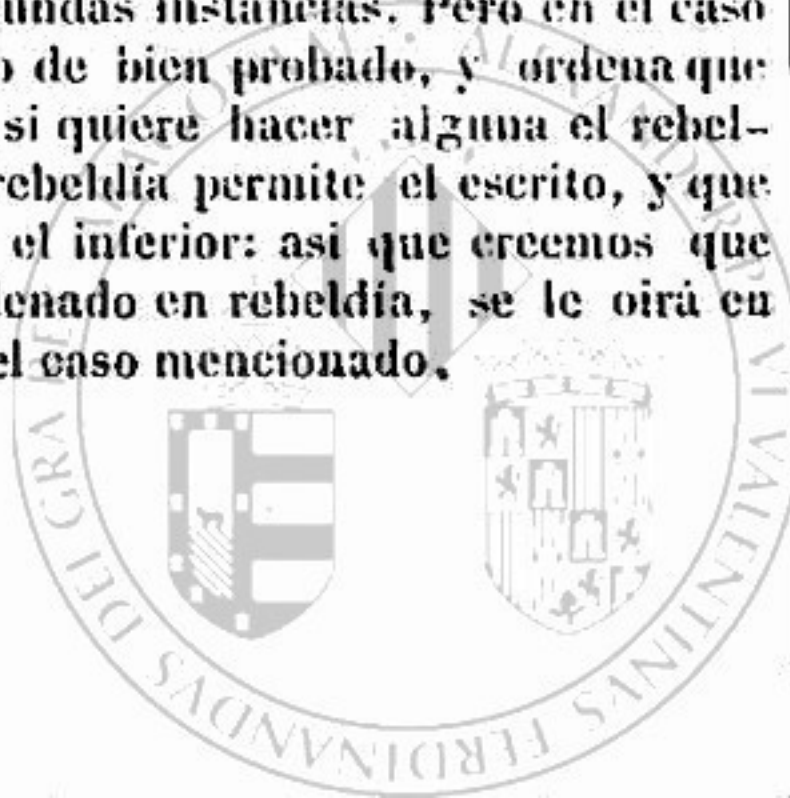
La audiencia que haya dictado la ejecutoria (1199) á cuyo territorio corresponda el juzgado cuya sentencia haya quedado consentida, es quien debe declarar si procede, ó no, que se oiga al litigante condenado en rebeldía.

El caso de este artículo tendrá lugar cuando haya habido apelación, que cabe también en un juicio en rebeldía, por no haber hallado el que compareció conforme á sus deseos la sentencia que haya recaído. ¿Pero y si no la ha habido? Si el actor da por buena la sentencia pronunciada en primera instancia, como puede acontecer y se infiere del art. 891; ¿quién hará la declaración? En nuestro concepto, estableciendo los arts. 1199 y 1202, el principio de que debe habilitar para oír el tribunal que ha concedido la ejecutoria, opinamos que el de primera instancia será también idóneo en este caso para hacer la declaración, y si la desestimare,

procederá el recurso de apelacion, y tanto en este caso como en el de que la audiencia conozca, por provenir de ella la ejecutoria, no habrá otra reclamacion que la que otorga el art. 1200 que establece que *contra las providencias que dictaren las audiencias mandando oír al litigante rebelde, ó denegándolo, no se dá otro recurso que el de Casacion.*

Acorde con los principios insinuados, determina el 1202 que *en los casos en que la ejecutoria haya sido dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, será este quien deba declarar si procede la audiencia del litigante condenado en rebeldía.* Y entonces, si el Tribunal Supremo (1205) *creyere procedente oírle, prevendrá á la audiencia disponga se le oiga en la forma que queda antes prevenida.*

¿Deberá hacer la audiencia la misma prevencion al juzgado en el caso que la misma haya dictado la ejecutoria? La ley no lo dice. Pero no cabe resolver esta cuestion sin examinar previamente otra; ¿al que comparece despues de pronunciada sentencia en primera instancia, se le oirá en primera ó en segunda tan solamente? Para decidir que solo debe otorgarse este último beneficio, obran dos consideraciones: primera, que el art. 1192 dispone que no se deba retrogradar, pero este argumento es, á nuestro entender, de muy poca fuerza, porque si el pleito se ha decidido en el Supremo Tribunal, ¿no se retrograda oyéndole? Además, este artículo habla del caso en que uno comparezca mientras el pleito se agita, no cuando comparece despues. La segunda consideracion se funda en la disposicion 1.^a del art. 1201 que previene que las pruebas se junten y se comuniquen por vía de instruccion, frase que nunca se usa sino en las segundas instancias. Pero en el caso actual, la ley suprime el alegato de bien probado, y ordena que la defensa sea oral precisamente, si quiere hacer alguna el rebelde, al paso que cuando no hay rebeldía permite el escrito, y que en la vista informe el letrado en el inferior: así que creemos que concediéndose audiencia al condenado en rebeldía, se le oirá en primera y segunda instancia en el caso mencionado.



6.º — *Cuál será la tramitación si se concede la audiencia.*

La sustanciación (1201) de la audiencia que se preste contra las ejecutorias dictadas en rebeldía, se acomodará á las reglas siguientes:

1.ª *Se entregarán los autos por ocho días al litigante que se haya mandado oír (Nos parece corto este término).*

2.ª *De lo que espusiere, se conferirá traslado por otros ocho días al que haya abtenido la ejecutoria.*

3.ª *Si por los dos litigantes ó por cualquiera de ellos se hubiere pedido el recibimiento á prueba; y la cuestión objeto del pleito versare sobre hechos, se accederá á él, otorgando para hacerla la mitad del término legal que corresponda, salvo el caso en que se pida y proceda el extraordinario.*

4.ª *Unidas á los autos las pruebas que se hayan ejecutado, se entregarán por ocho días á cada una de las partes, para que se instruyan de ellas.*

5.ª *En adelante se acomodará la sustanciación á las reglas establecidas para el juicio, según su clase.*

Juzgamos que hasta la lectura de estas disposiciones para comprender su sentido.

7.º — *Observaciones.*

Vemos introducida en la ley una nueva jurisprudencia diferente de la francesa y de la antigua legislación española. Esta se ha mejorado en parte con las recientes disposiciones que necesitan retoques para aumentar la claridad y evitar dudas.

Es digno de notarse que si se conceden dos instancias al rebelde consumado, se le hace de mejor condición que al que comparece durante el procedimiento, si llegase en primera, después de finado el término de prueba, y nos parece que estas dos instancias deben suponerse concedidas, porque si no la ley lo hubiese dicho y con toda claridad hubiera manifestado que solo concedía la segunda.

Debemos advertir que en nuestro concepto, estos juicios, únicamente pueden entenderse concedidos al demandado, pues el de-

mandante que instó la acción y la abandonó, debe considerarse en la categoría de los que fueron citados personalmente. Pero si uno puso su demanda, se dictó sentencia contra él, se notificó á su procurador, y no apeló, la ejecutoria sufrirá su efecto. Si apeló el procurador y el demandante no comparece á mejorarla, ¿podrá usar de los beneficios que concede la ley? No deja de ser dudoso; pero como en este caso falta la notificación personal, nos inclinamos á que debería oírsele, obteniendo los beneficios de los demás rebeldes.

CAPITULO XXXI.

De la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales y jueces españoles.

La ejecución de los fallos es el complemento del procedimiento judicial; de nada serviría litigar, esforzar el ingenio de la defensa del derecho de las partes, hacer gastos, y finalmente, que después de tantos sacrificios y dilaciones se pronunciase sentencia, si esta hubiese de quedar en la clase de una verdad especulativa, de una decisión que no produjese resultado. Así sucedería si los fallos no se pusieran en ejecución, si las sentencias no se llevasen á efecto. La nueva ley en el tít. 18 se ocupa en el exámen de un punto tan interesante, que aunque había llamado la atención de nuestros antiguos legisladores y tratadistas, merecía ser tratado de una manera mas concreta y metódica. En el lib. 41 de la Nov. Recop. el tít. 17 habla de la ejecución de las sentencias, previniendo la ley 1.^a que el juez la haga cumplir y ejecutar hasta tercero día si fuere sobre cosa raiz ó mueble que no sea dineros, y que si el juicio fuere sobre dinero, lo haga ejecutar hasta diez días; pero en estas y otras disposiciones, que se leen en nuestros códigos, no se hallaba un sistema completo y cual correspondía en materia tan interesante. Preciso era, pues, que se llenára este vacío.

La nueva ley se propone examinar:

1.^a Cuando se debe proceder á la ejecución de la sentencia.

2.º - Cómo se ha de ejecutar la que contenga cantidad líquida.

3.º - Cómo la que contuviese una cantidad ilíquida.

4.º - Qué debe hacerse cuando contenga cantidad líquida é ilíquida.

5.º - Qué cuando contuviere condena de hacer ó no hacer.

1.º — *Cuándo se debe proceder á la ejecucion de la sentencia.*

Esta época llegará luego que la sentencia tenga el carácter de la irrevocabilidad, escepto el caso en que hubiese pendiente recurso de Casacion, pero aun entonces podrán ejecutarse, concurriendo las circunstancias que indicamos brevemente, al examinar los artículos 1066 y siguientes.

Esta es una escepcion: la regla general la comprende el artículo 891 que dice: *Consentida la sentencia de primera instancia (pues el consentimiento la ha hecho inapelable) ó recibidos los autos en el juzgado inferior, si ha habido apelacion, y hecha saber aquella al que la haya obtenido, se procederá á la ejecucion de la sentencia.* ¿Pero la sentencia se ha de cumplir en el momento ó ha de concederse plazo? A nosotros nos parece que los que señala la ley recopilada son muy razonables, y que no hallándose espresamente derogada, debe observarse.

Ahora corresponde que veamos la manera en que este principio ha de desarrollarse en sus pormenores: y este exámen será objeto de los párrafos siguientes:

2.º — *Cómo se ha de ejecutar la que contenga condenacion de cantidad líquida.*

Hecha saber la sentencia al condenado, claro es que si pagare ó entregare la cantidad á que se le condenó (en el plazo ó termino indicado), el procedimiento no tendria progreso: pero si no lo verificare, el art. 892 señala el rumbo que se debe seguir. Si la *sentencia*, dice, *contuviere condena al pago de cantidad líquida y determinada, se procederá siempre á instancia de parte*, (pues en estas materias el juez no puede proceder de oficio, ni debe con-

vertirse en agente de los interesados) *al embargo de bienes en la forma y por el orden prevenidos para el juicio ejecutivo*. Quiere decir que se seguirá en él cuanto á los bienes que se ejecuten, el orden establecido por el art. 949 explicado en la pág. 104 de este tomo. *Hechos los embargos (893) se pasará al avalúo y venta de los bienes en que consistan, y al pago en su caso con entera sujecion á las reglas establecidas para el procedimiento de apremio despues del juicio ejecutivo*. El art. 894 previene que *las costas que se ocasionen en las diligencias para el cumplimiento de las ejecutorias, serán de cargo del condenado por ellas*.

Tan sencilla es la tramitacion para llevar á efecto la ejecutoria de sentencia que contuviese cantidad líquida.

3.º — *¿Cómo se ejecutará la sentencia que contuviere una cantidad ilíquida?*

El art. 898 enseña cómo debe principiarse el procedimiento. *Si la sentencia condenare al pago de cantidad ilíquida procedente de frutos, se obligará al deudor á que dentro de un término, que señalará el juez segun las circunstancias del caso, presente su liquidacion con arreglo á las bases que en la misma sentencia se hubieren fijado*. Al dictar estas disposiciones la ley ha tenido presente lo que dispusiera en el 65, en el que aun cuando se encarga al juez que fije el importe líquido de los frutos, daños é intereses en que fuere condenada una de las partes, se reconoce que hay ocasiones en que solo pueden fijarse las bases y otras en que únicamente cabe hacer una reserva de derechos.

Es muy digno de observarse que al condenado se le manda presentar la liquidacion de los frutos, pero no la de los daños ó intereses. Limitarse á los frutos proviene en nuestro concepto de que la de los intereses es únicamente una operacion matemática, y la de los daños y perjuicios se funda en pretensiones mas ó menos justas, mas ó menos exageradas. Seria un compromiso perjudicial para el condenado obligarle á la exhibicion de una liquidacion de esta especie, y por eso la ley no le ha compelido á verificarla. Seguramente en materia tan delicada podria hacer confesiones que le perjudicaran. Pero si la exhibicion de la liquidacion de los perjuicios le dañaria casi siempre, notoriamente le favorece

la presentacion de la de los frutos. El que se adelanta en esta clase de negocios lleva una ventaja inmensa.

Si el deudor no cumpliese con la presentacion de la liquidacion, creemos que en su rebeldía podria hacerlo el que obtuviese la ejecutoria. Véase pág. 565 el método que establece la ley.

La tramitacion continúa en la forma que vamos á esplicar: *de la liquidacion (de frutos que presente el condenado) se dará vista al acreedor (899). Puede haber conformidad, y habiéndola se procederá á hacer efectiva la suma en que se haya convenido de la manera y en la forma antes indicadas (900). No habiendo conformidad convocará el juez las partes á juicio verbal, previniéndoles que en él habrán de presentar las pruebas sobre los hechos en que no estuvieren de acuerdo (901).*

Para producirlas se necesita tiempo, y este debia ser bastante ámplio para que las partes no quedasen perjudicadas, y lejos de reducirlo la ley á límites estrechos lo deja al prudente arbitrio del juez en el art. 902, determinando que *entre la convocacion y celebracion de este juicio deberá mediar el tiempo que, segun las circunstancias del caso, el juez estime necesario para que las partes puedan procurarse sus pruebas. Durante este término se practicarán, añade el 903, con la correspondiente citacion las que las partes propongan y hayan de ejecutarse fuera del lugar de la residencia del juzgado. Estas pruebas deberán estar concluidas antes del dia señalado para el juicio verbal, en el cual habrán de presentarse. El dia señalado (904) no podrá variarse sino de consentimiento de los interesados, porque puede ocasionar grave perjuicio su variacion; haberse hecho un viage para asistir y ver malograda esta incomodidad.*

Llegado el dia señalado (905) y reunidas las partes, el juez oirá á estas ó á sus defensores: les recibirá las pruebas que aduzcan, estendiéndose la oportuna acta, que firmarán todos los concurrentes al juicio y autorizará el escribano.

Ya no resta mas que el pronunciamiento del fallo, y el juez dentro de los tres dias siguientes dictará sentencia en que se fije y determine la cantidad que deba abonarse con arreglo á la ejecutoria y á las pruebas practicadas (906).

Puede esta sentencia apelarse ó consentirse. Si no se apelare (909), se procederá á hacer efectiva la suma consignada en la

sentencia, de la manera antes establecida; esto es, por apremio.

Pero si se apelare, la apelacion se admitirá en ambos efectos. *Interpuesto el recurso, se remitirán los autos al Tribunal Superior emplazando en forma á las partes (907). El término del emplazamiento será de 20 dias (536), y la tramitacion de la segunda instancia será como en las apelaciones de interlocutoria (840). (1)*

Pero puede acontecer que la parte no apelante interese en que el fallo se lleve á efecto, y para entonces previene el art. 908 *que si el apelado pidiere su ejecucion, se decretará, dando fianza bastante á juicio del juez, para responder en todo tiempo de la diferencia que hubiere entre lo de que el apelante se reconozca deudor (en la liquidacion de frutos que ha de presentar), y lo que por sentencia se haya determinado. En este caso, se reservará testimonio de la sentencia para su cumplimiento.*

No podia omitirse cuanto acabamos de indicar, siendo en la realidad este incidente mas que un juicio ejecutivo.

Hasta ahora hemos tratado de una sentencia que contuviere cantidad ilíquida de frutos, pero si la sentencia (910) *condenare al pago de una cantidad ilíquida procedente de perjuicios, el que la haya obtenido presentará relacion de ellos con la solicitud que deduzca para el cumplimiento de la ejecutoria.*

Ya hemos observado la diferencia entre la condenacion al pago de frutos y al de perjuicios, como tambien los resultados de esta diferencia. En el primer caso, el deudor presenta la liquidacion: en el segundo el acreedor. Los motivos de esta diversidad de resoluciones en la ley, quedan esplicados.

La tramitacion será igual en un caso que en otro. *De la relacion (911) se dará vista al que haya sido condenado, observándose lo prevenido en los artículos 900 y siguientes, sobre juicio verbal. pruebas, sentencia, apelacion de esta, ejecucion en oiertos casos, y finalmente, tramitacion en la superioridad de la segunda instancia.*

Pero hasta aquí hemos hablado del caso en que el deudor presentase la liquidacion: pero puede acontecer que no la presente, y este caso y el modo con que entonces debe sustanciarse tambien el negocio, lo tiene previsto asimismo la ley.

No presentando el deudor (913) la liquidacion dentro del término que se le señale al efecto, se le concederá otro que no exceda

(1) Véase para complemento lo que decimos pág. 289 de este tomo.

de la mitad del primero, bajo apercibimiento de que no presentándola antes de que trascurra, habrá de estar y pasar por la que presente el que haya obtenido la ejecutoria en todo lo que probare no ser exacto.

Los demás artículos completan las reglas de la tramitación. *Trascurrido dicho término (914), sin haber el deudor presentado su liquidación, se prevendrá á la otra parte que la formule y la presente. Por su descuido se priva el deudor de esta ventaja, pues lo es poder presentar un documento, que siempre ofrece dificultades para la impugnación, y que si no es impugnado, surte todos sus efectos.*

De la liquidación (915) presentada por el acreedor se dará vista al deudor por un término que no exceda de seis días, poniéndola al efecto de manifiesto en la escribanía. Si prestare á ella su conformidad ó no se opusiere (916) dentro del término prefijado en el artículo anterior, la aprobará el juez, y procederá á hacer efectiva en la forma establecida, la suma de que resulte deudor.

Y como mediando conformidad ó negligencia en impugnar la liquidación, el juez no hace mas que dar vigor á lo consentido por las partes, ó sancionarlo, el art. 917 dispone que *la providencia que en tal caso se dictare aprobando la liquidación, es inapelable.*

Restaba preveer el caso de la oposición del deudor, y el artículo 918 comprende el caso. *Si el deudor se opusiere, dico, dentro de los días señalados en el art. 915 (seis días), se procederá de la manera prevenida en los arts. 901 y siguientes para el caso en que no haya conformidad en la liquidación procedente de frutos.*

Si la sentencia que se dictare aprobara la liquidación presentada por el acreedor, en todo lo que no hubiere probado el deudor ser inexacto, y fuere conforme á las bases fijadas en la sentencia para hacerla.

4.º—Cómo se ejecutará la sentencia que contuviese condena por cantidad líquida é ilíquida.

Muy interesante era que la ley hiciese esta aclaración, y efectivamente la hace en el tít. 18. Si una sentencia (dice el artículo 912) *contuviere condena al pago de cantidad líquida y de otra*

ilíquida, podrá procederse á hacer efectiva la primera, sin necesidad de esperar á que se liquide la segunda: por el principio tan sabido de que lo líquido no debe retardarse por lo ilíquido. Deberán, por lo tanto, formarse dos piezas; una para la ejecución de lo líquido, y la otra para lo ilíquido. Segun sea su procedencia ó de frutos ó de perjuicios, se seguirá la tramitación que acabamos de esponer con respecto á cada uno de estos casos.

5.º— *¿Qué es lo que debe hacerse si la sentencia contuviere condena de hacer ó de no hacer?*

El art. 895 resuelve la cuestion determinando que *se procederá á darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto.*

La ley no ha dejado en confuso estos medios, sino que ha procedido á señalarlos en el art. 896, diciendo: *Si el condenado á hacer alguna cosa no cumpliera con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo que el juez, al efecto le señale, (y que la ley no presija, dejándolo á su arbitrio) (1) se hará á su costa.* Supongamos que la sentencia le condena á levantar una pared; si el condenado no ejecuta esta obra, el juez elegirá un albañil que la levante. Esta determinacion es razonable y justa, *y si por ser personalísimo el hecho no pudiere verificarse en esta forma* (porque la pericia del condenado no puede suplirse con otro), *se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.* Supongamos que un profesor del arte de curar, prometió emplear sus conocimientos en la curacion de un enfermo, que con este objeto vino á la corte el enfermo, hizo otros gastos y desembolsos, etc.: que el facultativo se niega á verificar dicha curacion y que es condenado á practicarla. El mismo ejemplo cabe aplicarlo á un arquitecto que prometa hacer un plano. En ambos casos y otros semejantes se procederá á la exaccion de los perjuicios, considerando en esta clase tambien el coste de la obra ó cosa que debiese ejecutarse.

Como deba procederse en tal caso, lo establece el mismo articulo. *Si se hubiere fijado la importancia de estos perjuicios en*

(1) Ya hemos manifestado lo que dispone la ley recopilada.

la sentencia, para en el caso de inejecucion, se procederá á lo que, respecto al cumplimiento de la sentencia en que hay condena-
cion de cantidad liquida, se previene en el art. 892. Este procedi-
miento lo tenemos explicado, habiendo desentrañado todos los ar-
ticulos que al mismo se refieren.

Si no se hubieren determinado, se observará lo que se estable-
ce en los arts. 910 y siguientes, respecto á la sentencia en que hu-
biere condena de cantidad illiquida procedente de perjuicios. Tam-
bien es escusado que nos detengamos en el exámen de un punto
que ya tenemos debidamente analizado.

Réstanos tan solo hablar de la ejecucion de la sentencia en que
se ordene no hacer alguna cosa. Claro es que en un fallo de esta
especie no cabe ejecucion positiva, sino negativa: el condenado
cumple no haciendo, dejando de obrar, de verificar actos prohibi-
dos: pero si el condenado á no hacer (897) alguna cosa, quebrantare
la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de
perjuicios, que se indemnizarán al vencedor en los términos seña-
lados en el articulo que antecede: pero en nuestro concepto esta
indemnizacion tendrá lugar tantas cuantas veces se quebrantare la
sentencia, porque esta no se cumple dejando de hacer el condena-
do una sola vez lo que se le prohíbe, sino observando perpétua-
mente las disposiciones y preceptos del fallo.

Y si se observase una tenaz insistencia en quebrantar la eje-
cutoria y una rebeldia constante en desobedecer lo prescrito en el
fallo, ¿podria formarse causa? (1) ¿Podria á lo menos aplicarse al
refractario la disposicion contenida en el núm. 5.º del art. 494 del
Código penal? Nosotros no creemos ni que pueda formarse causa,
ni que pueda aplicarse este articulo del Código que se refiere á otro
género de desobediencia. La de que tratamos es meramente civil:
no es atentado ni desacato: claro es que por interpretacion podria
elevarse á aquella categoria, pero debe tenerse presente el artícu-
lo 19 del Código penal que determina que no serán castigados

(1) Esta disposicion se halla concebida en estos términos: «El que faltare á la obediencia debida á la autoridad, dejando de cumplir las órdenes particulares que esta le dictare en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por este código ó leyes especiales, debe sufrir el arresto de uno á cuatro dias, ó una multa de uno á cuatro duros.» No encontramos otra disposicion en el Código penal, porque el art. 285 que impone la pena de arresto mayor y multa de 20 á 200 duros, está en el título de los delitos de los empleados.

otros actos ú omisiones, que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas. El juez, por lo tanto, se limitará en nuestro concepto á imponer multas cuantas veces se quebrantase por el condenado la sentencia haciendo este lo que se le prohibió que hiciera.

CAPITULO XXXII.

De las sentencias dictadas por tribunales y jueces extranjeros.

Despues de tratar de la ejecucion de las sentencias pronunciadas por tribunales y jueces españoles, era muy conforme que se tratase así mismo de las dictadas por los extranjeros. Este era un punto que convenia reglamentar, pues hasta ahora no existian reglas fijas y únicamente la jurisprudencia práctica observaba las que dictaba la razon en la materia.

La nueva ley ha principiado sentando el principio de la observancia de los tratados, determinando que *las sentencias (922) pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos.*

Los tratados son el único vínculo que pueden ligar las naciones por que, como dice Mr. Fœlix (*Tratado del derecho internacional privado*); «las naciones no reconocen juez supremo que tenga potestad para decidir segun los principios de un derecho abstracto y filosófico, las contestaciones que pueda hacer surgir el conflicto de las diferentes leyes nacionales. Los tratados son los pactos que las ligan.»

Si no los hubiese especiales (925) con la nacion en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere por las leyes á las ejecutorias dictadas en España. Hé aquí el segundo principio, la reciprocidad, que se desenvuelve todavia mas en el art. 924 que dispone que si la ejecutoria procede de una nacion en que por jurisprudencia no se dá cumplimiento á las dictadas en los tribunales españoles, no tendrá fuerza en España.

La ley ha previsto el atraso ó retraimiento en que se encuentran algunas naciones. La Francia misma por la ordenanza de 1620, ar-

ticulo 21, disponia en términos absolutos y sin escepcion, que las sentencias dictadas por jueces extranjeros no serian ejecutivas en Francia. El Código civil francés en su art. 2123 y 2128 modificó esta determinacion. El primero establecia, que la hipoteca no podia resultar de las sentencias dictadas en pais extranjero, sino en cuanto hubiesen sido declaradas ejecutivas por un tribunal francés; sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puedan contener las leyes políticas ó los tratados. El art. 2128 dice tambien que los contratos celebrados en pais extranjero no pueden producir hipoteca sobre los bienes sitos en Francia, si no existen disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados. El art. 546 del Código de procedimientos al hablar de las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros dice, que así estas como los actos testificados por los oficiales extranjeros, no serán susceptibles de ejecucion en Francia, sino de la manera y en los casos previstos en los arts. 2125 y 2128 del Código civil.

«Uno de los principales atributos de la soberanía, dice un comentador francés, es hacer ejecutorios los fallos de los tribunales y los actos de los demás funcionarios establecidos por la ley. Si, pues, los oficiales ministeriales del reino, si los miembros de la gran familia que lo componen no deben obedecer sino en nombre del rey, es preciso concluir de aqui que las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por oficiales tambien extranjeros, no son susceptibles de ejecucion en Francia, á menos que hayan sido declarados ejecutivos por un tribunal francés. Este principio, añade, se halla implícitamente enunciado en muchos artículos del Código civil, y principalmente en los 2123 y 2128, y el artículo arriba citado lo declara formalmente, pero con una escepcion para en el caso que existiesen disposiciones contrarias en las leyes políticas y en los tratados: entonces las sentencias ó actos serian ejecutorios *ipso jure* ó de pleno derecho; escepcion, decia Mr. Favard, en su dictámen al cuerpo legislativo, que no es contraria al principio, puesto que el soberano que prohíbe la fuerza ejecutoria en sus estados á actos que no emanan de la autoridad de sus jueces y oficiales, puede concederlo, y por otra parte en el caso de este permiso hay reciprocidad.»

Esta doctrina es sumamente interesante y sin duda la han teni-

de presente los jurisconsultos que formaron la nueva ley. Según hemos manifestado, establecieron por primera regla los tratados, por segunda la reciprocidad, y como consecuencia de estos antecedentes se determinó que en España no se cumpliesen las ejecutorias de los tribunales que no cumpliesen las de los españoles. A pesar de esto las disposiciones siguientes no dejan de separarse algun tanto de estos principios. Vamos á demostrarlo explicando las determinaciones de la nueva ley.

Preciso es convenir á vista de estas reglas que acabamos de comentar, que la España ha sido mas generosa que las demás naciones, inclusa la francesa, cuya legislacion en esta materia hemos reseñado, (1) puesto que consiente la ejecucion de las sentencias en casos determinados, aun cuando no haya tratados y nose observe tampoco la reciprocidad, con tal que no se note en sus prácticas una decision espresa en no cumplir las ejecutorias de los tribunales españoles. Asi que, si no marcaren los tratados las reglas que deban seguirse en esta materia, si no hubiese tratados ni se observase la reciprocidad, y finalmente, si por jurisprudencia no dejase de darse cumplimiento á las sentencias de España, ó como dice el artículo 925, *si no se estuviese en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden (los 922, 925 y 924) las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes:*

1.ª *Que la ejecutoria haya sido dictada á consecuencia de una accion personal; porque si la accion era real, debia haberse deducido en España, donde estaba sita la cosa. Se renunciaria á un derecho respetable, al de la soberania sobre el territorio, admitiendo la decision de un tribunal ó juez incompetente. Si la persona sola es la obligada, la accion puede deducirse donde se halle aquella; mas la cosa produce fuero donde está sita.*

Pero en esta materia debe caminarse con gran tiento. El Código civil francés en su art. 14 dispone, que el extranjero, aunque no resida en Francia, podrá ser citado para ante los tribunales franceses para la ejecucion de las obligaciones que contrajo en Francia con un francés: tambien podrá ser llevado ante los tribunales de Francia por las obligaciones contraidas por el mismo en pais extranjero á favor de franceses. Entonces siguiendo la disposicion 8.ª

(1) Véase si no á la pág. 539 el decreto que citamos de 17 de octubre de 1851, que ofrece un notable contraste con los artículos citados del Código civil francés.

del art. 69 del Código de procedimientos, la citacion quizás se fijaria en las puertas del tribunal, esto es, se haria en los estrados.

Los códigos de Bade, de las Dos Sicilias, del Canton de Vaud, de Polonia, de Cerdeña, de los Países Bajos y otros admiten la misma disposicion, testualmente unos y con algunas ligeras alteraciones otros.

Como dice Mr. Fœlix, esto proviene de haberse alterado el axioma general de *actor sequitur forum rei*.

Si hubiésemos de examinar esta materia con toda la detencion que merece por su importancia, nos veriamos obligados á escribir un volumen. No lo hacemos porque no lo permite la indole de nuestra obra, en la que solo es dable sobre ciertas materias presentar algunas indicaciones: con ellas los lectores podrán proceder á las ampliaciones oportunas, debiendo únicamente advertir que, en nuestro concepto, una ejecutoria, aunque proveniente de accion personal, si el juicio se hubiese seguido á virtud de lo establecido en el art. 14 del Código francés, que rige no solo en dicha nacion si no en otras que lo adoptaron, de ningun modo podria obtener el *exequatur*, mayormente cuando la regla 2.^a, que vamos á explicar inmediatamente, se opone de una manera indirecta á la ejecucion en este caso.

Por lo demás tenemos entendido, que esta era la jurisprudencia adoptada ya por respetables decisiones del Supremo Tribunal de Justicia, que no consintió se llevase á efecto una sentencia que se habia dictado en Francia contra un español. Este habiendo pedido una máquina á un fabricante francés, la desechó y no la quiso pagar por suponer que no era de las condiciones estipuladas, acerca de lo cual se siguió pleito en Francia, en que fué condenado el español, cuya sentencia se negó á que se cumpliese, ó mas bien lo aconsejó el Supremo Tribunal consultado sobre el particular por el ministerio.

2.^a *Que no haya sido dictada en rebeldia.* Una sentencia de esta especie dictada contra un extranjero no ofrece todas las garantías que debe tener un fallo. Por este medio y observando esta regla se evita el inconveniente de adoptar la jurisprudencia anómala establecida por el art. 14 del Código civil francés. Si el súbdito español se ha defendido en el extranjero, la ejecutoria ya tiene un carácter especial que autoriza y presta fundamento para

que el Tribunal Superior pueda darle pase; pero indudablemente se presenta desautorizada cuando el súbdito español no ha hecho defensa.

3.^a *Que la obligacion para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en España.* Admitiendo una ejecutoria sobre una obligacion ilícita en nuestro país, se sujetaría este en una materia moral á una legislacion extranjera; ofrecería el raro fenómeno de robustecer con el apoyo de la justicia y de la ley, lo que esta misma rechazaba: la justicia tendría dos caras y dos balanzas. El gobierno español vendría á someterse á leyes extranjeras, abdicando su poder y aprobando lo que en su país no había querido aprobar nunca.

4.^a *Que la ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nacion en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haya fé en España.*

Si como ejecutoria se ha de cumplir, es preciso que se halle adornada de todos los requisitos que para esta clase de documentos se exigen en los países extranjeros. Véase, pues, cuán interesante es ahora el estudio de la legislacion comparada. Solo así puede saberse si la ejecutoria reúne las cualidades que exigen las leyes del país de que procede. Estos conocimientos forman un ramo especial, una parte interesantísima de la jurisprudencia que podremos calificar de sublime, y que poseerá el Supremo Tribunal, que es el que debe entender en esta materia. Por eso nos abstenemos de enumerar los espresados requisitos.

Por lo que respecta á las solemnidades exteriores hemos hablado estensamente en la pág. 58 y siguientes de este mismo tomo.

Sin embargo de lo que anteriormente se dispone, es indispensable que haya un género de audiencia y debate en el Tribunal Supremo de la nacion, segun se dispone en el art. 928 que dice: *la ejecucion de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el Tribunal Supremo de Justicia. Este, previa la traduccion de la ejecutoria hecha con arreglo á derecho, y despues de oir á la parte contra que se dirija y al fiscal, declarará si debe ó no dársele cumplimiento.*

¿Esta audiencia y este exámen descenderá hasta el fondo del negocio, ó se limitará á examinar si concurren ó no las circunstancias prescritas en los artículos anteriores?

En una legislación nueva como la que nos ocupa, preciso es volver la vista á los países extranjeros, y sobre toda á la Francia, que con sus célebres códigos, con los brillantes trabajos de sus jurisconsultos y decisiones de sus tribunales, ha ilustrado esta materia no menos que otras varias que pertenecen á la jurisprudencia.

«En Francia es un principio, dicen los jurisconsultos, que los actos otorgados en país extranjero hacen fé acerca de su contenido, si se hallan revestidos de las formalidades prescritas en el lugar en que se otorgaron: en lo cual no se hace otra cosa sino aplicar el axioma *locus regit actum*: pero no pueden ser ejecutados forzosamente sino despues que se les haya estampado la fórmula real, puesto que no puede ejecutarse cosa alguna sino á nombre del soberano y en virtud de un mandato espreso ó tácito. Así lo prescribe el artículo 146 del Código de procedimientos, ordenando que los despachos de las sentencias se encabezarán y terminarán en nombre del rey, en conformidad al art. 57 de la Carta.»

Nos parece, pues, que esta regla que establecen los Códigos y jurisconsultos franceses deberá tener cumplida ejecución en España, pues si el Supremo Tribunal ordena que se dé cumplimiento á una ejecutoria estrangera, será mediante Real Provision que como todas las de su clase deberá llevar el nombre de la Reina.

Una cuestion suscitaron los jurisconsultos franceses, y es la de si una sentencia ejecutoria pronunciada fuera de Francia contra un súbdito francés podrá dar lugar á que se discuta de nuevo la accion, de que se hizo anteriormente uso, á virtud de demanda dirigida contra el mismo, ó que se haya ejercitado en su daño en virtud de la reconvenccion de que haya usado su adversario.

«Dos jurisconsultos célebres, Carré y Chauveau Adolphe, en el tomo IV, pág. 302 y siguientes, han examinado esta cuestion, y despues de tantas contradicciones en la doctrina y fluctuaciones en la jurisprudencia, como dicen ha habido, sientan que es imposible admitir de una manera absoluta que las sentencias pronunciadas en el estrangero sean ejecutivas en Francia sin revision, y que un simple *Parcatis* sea en todos los casos una consagracion suficiente del derecho de soberanía, lo que se ven precisados á reconocer los mismos partidarios de la opinion contraria. Dicen asimismo estos jurisconsultos, que tanto bajo la antigua como la nueva legislación, los franceses contra quienes se haya pronunciado una

sentencia en el extranjero tienen derecho á pedir en Francia su revision, cuando la ejecucion se solicite contra ellos, y esto aun en materia comercial.

«Por otra parte, aun cuando la sentencia se hubiese pronunciado entre ó contra extranjeros, continúan, es evidente, que si las leyes en virtud de las cuales se ha pronunciado son contrarias á los principios de órden público establecidos en Francia, no podrian los tribunales franceses ordenar su ejecucion; porque seria absurdo unir el nombre del soberano á unos actos que contrariasen las leyes que tuvo la voluntad firme de hacer observar, y así lo han decidido varios tribunales. Observan tambien en segundo lugar, que la sentencia cuya ejecucion se pida en Francia, debe reunir todas las condiciones que la hacen válida y definitiva en el pais en que se ha pronunciado, porque no seria menos chocante que un acto produjese en Francia los efectos de que se halla desprovisto en el lugar en que se formó.

«Deducen, pues, por consecuencia, que debe haber revision de toda sentencia pronunciada en el extranjero, por el hecho solo de haber condenado á un francés: que debe haberla asimismo de todo fallo pronunciado entre ó contra extranjeros, para apreciar desde luego si es ó no conforme á las leyes de órden público, y en seguida si es de tal naturaleza que pueda ser ejecutada sin obstáculo en el lugar en que debe tener efecto la condenacion. Tales son las modificaciones necesarias del principio de la ejecucion sin exámen, admitidas aun por sus mas decididos defensores.»

«Pero concurriendo estas condiciones ¿el exámen que versase sobre el fondo del negocio es inútil, y aun atentatorio á la independencia respectiva de las naciones, ó debe ser considerado como indispensable para otorgar la ejecucion en Francia? Esto es lo que nos resta examinar, continúan diciendo los jurisconsultos mencionados.

«Para que el primer sistema fuese verdadero, seria preciso que la sentencia ligase á aquellos cuya controversia termina, en cualquiera parte en que se encontraran; y que la parte condenada que puede eludir el imperio de su soberano y de las leyes de su pais, no pudiese eludir los efectos de una sentencia dada en virtud de estas mismas leyes, y ejecutada en nombre de este soberano, lo que nos parece de todo punto inadmisibile.

«El vinculo de derecho es de dos especies: ó proviene del con-

sentimiento libre y espontáneo de las partes: ó bien si la mala fé hace imposible el concurso de las voluntades, se forma por los tribunales, en virtud de la autoridad que les dispensa el gobierno del país. En el primer caso, el vínculo formado por las mismas partes, y que reside en cierto modo en ellas, les sigue y les encadena en todos los parages, por lo mismo que la obligación de cumplir sus empeños es de todos los países y de todas las épocas, salvas las formas de justificación, y los efectos que van unidos á estas formas por las legislaciones particulares. Pero en el segundo caso no sucede lo mismo: el vínculo de derecho no es ya voluntario, sino forzado: descansa enteramente en la autoridad de los que lo han establecido, de donde se sigue con la mayor evidencia, que donde esa autoridad cesa, es también ineficáz, y que la ejecución, que no es más que una consecuencia necesaria del derecho de juzgar, no podría ser obligatoria, fuera del territorio en donde se ejerce, la influencia de la sentencia.

«Todos los textos de la ley, añaden, son conformes con esta doctrina, y citan el art. 121 de la ordenanza de 1629, que dice: «las sentencias pronunciadas y los contratos ú obligaciones celebrados en reinos y soberanías extranjeras, sea cual fuere su causa, no tendrán ninguna fuerza ejecutiva en nuestro reino: los contratos tendrán meramente el carácter de simples promesas, y no obstante las sentencias, nuestros súbditos, contra quienes se hubiesen dictado, podrán *de nuevo discutir sus derechos, como si estuviesen íntegros*, ante nuestros oficiales.»

«Observan estos autores la diferencia entre los contratos y las sentencias: los primeros, como que descansan en el consentimiento de las partes, valen como promesas: las segundas, á las que les falta el consentimiento, no tienen vigor. En seguida citan los artículos 2125 y 2128 del Código civil, de los cuales el primero declara incapaces de producir hipoteca las sentencias de los tribunales extranjeros, mientras no se hubieren declarado ejecutorias por el tribunal francés, y el segundo priva absolutamente de tales efectos los contratos celebrados en el extranjero, á los que la ordenanza de 1629 atribuía el carácter de simples promesas; y finalmente, el art. 316 del Código de procedimientos, que no permite la ejecución de estas sentencias y actos, sino de la manera prevista en los arts. 2125 y 2128.

«Se quiso dar á estas disposiciones un sentido que no permiten: Dupin y Durantón dijeron, que por lo mismo que la ley exige que las sentencias de países extraños se declaren ejecutorias, prohíbe revisarlas. Discutir de nuevo el negocio, añaden, no es hacer ejecutoria la sentencia, es sustituirla otra nueva.»

«Es sorprendente, dicen Carré y Chauveau, que talentos tan distinguidos como los de aquellos jurisconsultos, hayan podido enredarse en semejante sutileza, porque para que este raciocinio fuese plausible, sería necesario: primero, que la revisión tuviese por objeto anular la sentencia: segundo, que la sentencia tuviera en Francia *ipso jure* fuerza y autoridad, proposiciones que son entrambas inexactas.

«La sentencia no se anula, en cuanto al país extranjero, en virtud de la revisión: siempre subsistirá allí con todos sus efectos y autoridad, donde se ejecutará en los bienes del condenado, si los tiene, ó sobre su persona, si se encuentra en aquel territorio: en una palabra, las modificaciones que haga el tribunal francés, no tendrán ninguna influencia en el país extraño, como lo ha decidido con justicia el Tribunal Superior de París en 1857. Tampoco se anula en Francia la ejecutoria, por la sencillísima razón de que se tiene como si no se hubiese dictado, como si no se hubiese verificado. No por eso diremos que aunque sea nula como sentencia, esto es, como emanación del poder soberano, deba serlo como acto, pues no lo hay, ni más auténtico, ni más solemne: en este concepto, lo tomarán en mucha consideración los jueces franceses, sirviendo, en general, de fundamento para su decisión: valdrá como prueba de las enunciativas que contenga, según lo decidió el Tribunal de Casación en 1825, y el de Burdeos en 1824 lo admitió para fijar la época de una quiebra: en fin, el tribunal, previa la revisión, podrá adoptarla en su totalidad.

«Pasan en seguida Carré y Chauveau á decidir la cuestión de si una sentencia extranjera debe hacerse ejecutoria, ó por un simple *parcatis* (cúmplase), ó por una revisión: ahora bien, independientemente de las razones alegadas, la voluntad del legislador aparece bien manifiestamente: primero, el ejecutivo no lo espide el presidente del tribunal como en materia arbitral sino que el tribunal entero decide, pues la ley exige una sentencia: segundo, no es un fallo sin exámen: los mismos términos del artículo suponen

que los tribunales pueden admitir ó desechar: los partidarios de la opinion que combatimos, no disputan sino sobre los puntos, á que alcanzará el exámen; pero lo admiten en los casos tan importantes de que arriba hemos hablado, y que trasformarian el tribunal francés en verdadero Tribunal de Casacion, como ya lo advertimos: tercero y último, el art. 2125 no distingue entre la calidad de las partes contra quienes se haya dictado la sentencia; de donde se sigue, que si no hubiese entendido exigir mas que un simple *pareatis*, ó cúmplase, sin exámen, el francés no tendria mas derecho que el extranjero para reclamar la revision, y puesto que se halla reconocido que este derecho le corresponde, no podria negarse al extranjero que lo reclama con el mismo titulo y por razones idénticas: asi acaba de declararse la voluntad del legislador.»

Disolviendo varias objeciones de algunos autores, vienen á sentar en resúmen el principio de que los tribunales franceses deben examinar y verificar las sentencias de tribunales extranjeros, cuya ejecucion se les pide: añadiendo, que no es este meramente un derecho, sino un deber, señalando en seguida ciertas restricciones á este principio, á saber:

1.ª Cuando la sentencia la hayan dado los tribunales de una parte del territorio ocupado temporalmente por los extranjeros y que por el hecho de la guerra y de los tratados no haya cesado de ser francesa, advirtiéndole que las decisiones de los tribunales franceses, unidos posteriormente á otra nacion, son siempre ejecutivos en Francia (1).

2.ª Cuando la sentencia pronunciada en el extranjero haya sido en ejecucion de una decision emanada de los tribunales de Francia.

3.ª Finalmente, cuando los tratados diplomáticos recíprocos lo han determinado en otra manera; pero es preciso tener entendido que aun en este caso la ejecucion de una sentencia contraria á los principios de moral pública deberia ser denegada.»

De todo cuanto esponen estos jurisconsultos se deduce que siendo cada nacion independiente y no pudiendo estender el mando el gobierno fuera de su territorio, no cabe que las sentencias que pro-

(1) Tambien deberán serlo en la Península las ejecutorias de las audiencias de Nueva España dictadas antes de que se separasen de la Madre patria.

nuncian sus tribunales tengan fuerza en otro que no está sometido á su poder y que goza de una absoluta independencia. Si admiten las ejecutorias será ó á virtud de tratados, ó porque examinadas nada crean puedan perjudicar á los derechos de su soberanía.

Nosotros creemos que estas doctrinas son muy dignas de tenerse presentes y que tienen aplicacion á España, donde á nuestro juicio deben seguirse las reglas siguientes:

1.^a Ninguna ejecutoria procedente de pais extranjero podrá ser llevada á efecto en España sin la previa decision del Tribunal de Justicia.

2.^a Este podrá acceder á ordenar el cumplimiento de aquellas ejecutorias que procedan de paises que se hallen en los casos de los arts. 922 y 925, con tal que no sea ilícita en España la obligacion de que dimanen.

3.^a La negativa de la ejecucion equivale á imponer al que presenta la ejecutoria de un tribunal extranjero la obligacion de que verifique su reclamacion en España.

4.^a La ejecutoria repelida aunque no tendrá la fuerza de un juzgado, sí de un documento respetable con tal que reuna los requisitos espresados en la pág. 58 de este tomo.

Se sigue de lo espuesto y exámen que hemos hecho de la ley, que esta de un modo indirecto ha resuelto las cuestiones debatidas por los jurisconsultos franceses; no dice que el fallo ejecutorio de un tribunal extranjero debe ser reformado por el español: se limita á no darle cumplimiento, y de este modo pone al que contaba con una ejecutoria que queda ineficaz de hecho, en la necesidad de discutir nuevamente el asunto.

Los demás artículos no contienen sino disposiciones relativas á la tramitacion. *Para la comparecencia de la parte (927) á quien deba oirse segun el artículo anterior, se libraré Real Provision cometida á la audiencia en cuyo territorio esté domiciliada. El término de la comparecencia será el de treinta dias. Pasado dicho término el tribunal proseguirá en el conocimiento, aunque no haya comparecido. De la providencia (928) que pronuncie el Tribunal Supremo, no habrá ulterior recurso.*

La providencia del Supremo Tribunal podrá ser negativa ó favorable. *Denegándose el cumplimiento (929) se devolverá la eje-*

cutoria al que la haya presentado. Es un documento que tiene derecho á recoger y que no puede negársele.

Pero otorgándose se comunicará esta providencia por Real Provision á la audiencia, para que esta dé la orden correspondiente al juez de primera instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia, ó del en que deba ejercitarse, á fin de que tenga efecto lo en ella mandado. Es decir, que de la cúspide de la pirámide judicial se baja á la base para llevar á debido cumplimiento un fallo de los tribunales extranjeros.

Se ha regularizado, pues, una materia que no estaba decidida ni arreglada cual correspondia: se ha evitado el riesgo de que tal vez se perjudiquen los derechos de un ciudadano español ó de un extranjero naturalizado, ó que se ofenda la dignidad nacional colocando tan preciosos objetos bajo la salvaguardia y presidio del Supremo Tribunal de Justicia. De este modo se desembaraza tambien la secretaría de Estado de muchos negocios que eran en su fondo judiciales, y se confirma entre estos y los puramente gubernativos la línea divisoria que debe establecerse en todo país debidamente organizado.





PARTE SEGUNDA.

CAPITULO I.

De la jurisdiccion voluntaria en general , su naturaleza , objetos que comprende , su division y reglas generales establecidas por la nueva ley.

En la primera parte de este Tratado hemos hablado del procedimiento en lo que dice relacion á la jurisdiccion contenciosa, que como definimos en el tomo I, cap. I de la primera parte, pág. 131, es la que se ejerce ontre dos ó mas personas ó cuerpos sobre pretensiones opuestas, ó aquella para cuyo ejercicio se supone la contienda ó discusion entre partes que recíprocamente se combaten. A la verdad, no importa que uno no acuda á un juicio al que se le ha llamado, porque en el hecho de llamarle el juez, se evidencia que la comparecencia le interesa, que la cuestion le atañe. Si no concurre, no deja por eso de ser la cuestion entre partes aunque una sola hable, por que si sola argumenta y discute, es porque la otra no ha querido comparecer; los estrados la representan, y esta ficcion legal prueba que los tribunales y juzgados suplen en la manera posible un vacío que resulta en el juicio, por la pertinacia en no acudir al llamamiento judicial de un litigante á quien por esta razon se le apellida contumaz ó rebelde.

La jurisdiccion *voluntaria* tiene tambien su culto en el Código de procedimientos, ó mejor dicho, la ley ha señalado la tramitacion que debe darse á los objetos que comprende. La definimos en el lugar citado (pág. 132), diciendo que era la que se ejerce sobre personas que comparecen voluntariamente y que piden tan solo al juez la interposicion de su autoridad.

Nos parece que este es el momento de proceder á esplicar mas estensamente lo que se entiende por jurisdiccion voluntaria, verificando las aclaraciones que no cabian cuando se diera una idea general de la jurisdiccion. En esta materia, como en todas, recurriremos al magisterio de un escritor eminente, del célebre Vinnio, que mientras se estudie el Derecho Romano, llamado con propiedad la razon escrita, será mirado con una respetuosa veneracion. *Voluntaria*, dice (1), *est quæ exercetur auctore magistratu in volentes in iis quæ geruntur extra iudicium.*

Pasa despues, en el Tratado sobre la jurisdiccion, pág. 82, á esplicar mas detenidamente la definicion que diera, diciendo: «de las cosas que pertenecen á esta jurisdiccion hay algunas que solo requieren la aprobacion y autorizacion del magistrado, á cuya clase pertenecen la adopcion, la manumision, la emancipacion de los hijos: las cuales pueden terminarse de plano d. l. 2 de *Off. Procons.* § 2, *Instit. de libertin.* Hay otras que exigen conocimiento de causa y el decreto del magistrado, como son la transaccion de los alimentos dejados en testamento, la enagenacion de los fundos del menor, la manumision que deba hacer un menor de 20 años, la adrogacion de un impúber. L. 8, § 8, *ff. de transact.* L. 1. *ff. de reb. cor. qui sub tut.* § 4. *Inst. qui ex quib. ca. man.* L. *Si pater fam.* 15, § 2. L. *Nec ei.* 17 *per tot. ff. de adopt.* Tambien pertenece a esta materia la posesion de bienes dada por decreto de que habla la ley 2.^a, § 1.^o, *ff. quis ord. in posses. serv.* La dacion de tutor es una especie media de jurisdiccion que se ejercita sin la contienda de juicio, pero que se ejerce con respecto á los que no quieren, porque el cargo de la tutela es público *pr. Inst. de excusat.* A la primera especie ó clase refieren comunmente con razon la posesion de bienes á virtud de edicto, las insinuaciones de los testamentos y donaciones que exceden de la suma de quinientos áureos y la apertura de las tablas y testamentos. Dudo si la legitimacion puede referirse á la jurisdiccion, porque seguramente este es uno de los derechos reservados al príncipe.»

Nos parece que no puede darse una esplicacion mas clara, mas filosófica, mas legal y fundada. Sin embargo, añadiremos algunas nuevas esplicaciones de Merlin, que cita el célebre testo de la

(1) Lib. III, cap. V, Partition. jur.

ley 2, ff. de *Officio proconsulis*. Desde que los procónsules salían de Roma para ir á sus provincias, podían hacer todo acto de jurisdicción voluntaria: así es que desde entonces podían intervenir en las adopciones, emancipaciones y manumisiones: pero solo en su territorio podían ejercer la jurisdicción contenciosa. Este texto nos da una idea luminosa.

No se llama voluntaria porque se ejerza entre personas que estén de acuerdo, sino porque en estos actos ninguna de las partes está obligada á ceder á la voluntad de la otra, porque se ejerce sobre los que quieren ó recurren al juez implorando su ministerio, ó como dice Pothier en sus *Pandectas in volentes*, mejor que Voet é Heineccio *inter volentes*, pues á las veces hay solo una parte: porque el que reclama del juez el uso de la jurisdicción voluntaria no pide sino la interposición de su autoridad como primero y último término, mientras que cuando se trata de asuntos contenciosos le pide que tome conocimiento de sus medios y que los juzgue, y solo secundariamente se reclama la autoridad del juez para la ejecución de la sentencia. La jurisdicción voluntaria tiene mas de mando (*imperii*) que de jurisdicción, la segunda mas de jurisdicción que de mando, pues decide un punto legal y la decisión solo se lleva al último á efecto.

No es exacto, como suponen ciertos autores, que en los actos de jurisdicción voluntaria no se necesite conocimiento de causa, pues hay algunos que la exigen y otros no, como ya lo hemos visto en la doctrina que de Vinio hemos copiado mas arriba; quizás pueda sostenerse con mas razon que en estos negocios pueda guiarse el juez por sus conocimientos personales, al paso que en los contenciosos es preciso fallar *secundum allegata et probata*.

Es necesario tanto en los unos como en los otros que el juez no se halle interesado. Seguramente, si lo estuviese en un testamento mal haría fé su intervencion en su apertura ó en su reducción á instrumento público.

Esta es la doctrina de los jurisconsultos, la cual hemos tratado de compendiar: ahora corresponde que examinemos cómo la nueva ley define estos actos, y lo veremos en el art. 1807 donde dice que *se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria ó se solicite la intervencion del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestion alguna entre partes conocidas y*

determinadas. Necesaria es en la apertura de un testamento: se solicita en la subasta voluntaria.

Nos parece que no hay precision de estendernos á mas esplicaciones: lo dicho basta para la comprehension del artículo. Pásemos ahora á explicar las reglas generales que contiene el 1208, cuyo tenor es como á continuacion se espresa: *Los actos de jurisdiccion voluntaria de que no hace especial mencion esta ley, se acomodarán á las reglas siguientes.* No se crea por eso que estas reglas no deban seguirse y observarse en los demás, estableciendo el art. 1201 que es *estensivo á los actos de jurisdiccion voluntaria de que se hace especial mencion en esta ley, lo prevenido en todas las reglas, (excepto la 7.^a), de las contenidas en el art. 1208, debiendo además observarse, respecto á cada uno de ellos, lo que en su título correspondiente se previene.* ¿Y por qué no la regla 7.ª? Porque en los asuntos en que se halla marcada la tramitacion, ya se determina lo que debe hacerse cuando otra parte se opusiere.

Lo que se infiere del encabezamiento del artículo es que en todos los demás negocios deberán las partes y el juez someterse estrictamente á lo que se dispone en los artículos referentes á los mismos y en lo que estos no disponen á las reglas consignadas en el 1208: estas reglas son las únicas que deben observarse en los actos que no tienen tramitacion especialmente designada, y en cuanto á los demás se observarán tambien sin perjuicio de las que especialmente se marcan. Se infiere asimismo que se ha omitido tratar de muchos actos de jurisdiccion voluntaria. Algunos mencionamos, tomo I, pág. 7.

Este es á nuestro entender el lugar á propósito para disolver una objecion que se nos hizo con la regla 1.^a que dice: *Todas las actuaciones relativas á ellos se practicarán en los juzgados de primera instancia y ante escribano, consignándose en el papel sellado correspondiente.*

En el tomo I, pág. 189, indicamos que el juez del depósito podía ser en algunas ocasiones el de paz. La objecion se esforzó alegando que nosotros nos fundábamos en el art. 1280, siendo así que este artículo estaba subordinado al 1279, que dispone que el juez competente para decretar los depósitos de personas es el del domicilio de la que deba ser depositada: pero á nuestro juicio, este raciocinio no es convincente: primero, porque el art. 1279 contiene la

regla general, y el 1280 la escepcion: segundo, que por si efectivamente este artículo hubiera sido idéntico que el anterior, no se hubiera usado de la frase general *del juez del lugar*: el juez del lugar es el de paz; impropriamente lo será el de primera instancia, por que propiamente este último es juez del partido, el de todos los lugares del partido.

Nuestra doctrina está de acuerdo con el objeto de la ley, que es facilitar remedios contra las violencias. De otro modo, en muchas ocasiones no lo podrian conseguir los oprimidos. Podríamos poner varios ejemplos, pero elegiremos uno muy digno de tenerse presente. Supongamos que una jóven es conducida con violencia ó con engaño á la diligencia, ó por sus padres que quieren impedirle contraer matrimonio, ó por otras personas estrañas que abusan de la confianza que les dispensa. Con una escusa ó por cualquiera otro medio, burla la jóven la vigilancia de los conductores, y se presenta en su tránsito á un juez de paz, haciéndole relacion de su triste estado y de la violencia que sufre. Si el juez de paz le contestase: «vaya usted al juez de primera instancia.» ¿No podria replicar la que invocaba su auxilio que quizás donde lo hubiese no podria hacerlo? ¿No puede acontecer que no lo haya en ningun pueblo del camino, ó que la diligencia no se detenga donde lo hay? Pasemos mas adelante: si á virtud de la negativa esta jóven se huia, y echándola menos los padres exigiesen del juez de paz su busca y su auxilio, ó lo concede ó lo niega. Si lo segundo, comete un acto de barbarie, si lo primero, y deteniendo la hija la entrega á sus padres, verifica un verdadero depósito en poder de estos, siendo así que el depósito debiera haberlo hecho en poder de una persona neutral.

Sé que se me replicará de nuevo, que el juez del lugar debe entenderse el de primera instancia en donde esté la persona; pero esto es resolver la cuestion por la cuestion. La prevencion misma de remitir las diligencias de que habla el art. 1280 al juez del domicilio, indica que el primero puede ser el de paz; sin que valga decir que el art. 1291 habla del caso en que puede conocer el juez de paz, por comision del de primera instancia, porque este artículo no es mas que un pleonasma y una amplificacion del 34, y no contiene una inhibicion para que el juez de paz deposite, cuando no haya juez de primera instancia en el lugar y el caso lo requiera.

¿Qué alcalde dejaría de depositar una muger que viese atropellada por su marido? ¿No sería responsable de las desgracias que sobreviniesen?

Creemos la opinion que sentamos razonable, y con ella está de acuerdo el señor don Marcelino de Mas en su Manual del juez de paz, página 92.

La regla 1.^a del art. 1208 no es, pues, un obstáculo á la opinion que sustentamos: primero, porque no escluye las excepciones: segundo, porque la cuestion es, si el art. 1280, como posterior, deroga ó modifica la regla general. Ventilada esta cuestion, seguiremos en el exámen del art. 1208.

La regla 2.^a consigna el principio de que *son hábiles todos los dias y horas sin excepcion*, para los actos de jurisdiccion voluntaria: porque como no son actos judiciales en sentido riguroso, pues no hay contradiccion de parte, no podia menos de dispensarse la observancia del art. 8.^o A esto se agrega, que muchos actos de jurisdiccion voluntaria, es interesantísimo que se practiquen sin dilacion: tal es la apertura de un testamento, la dacion de un tutor, la recepcion de una informacion, etc. Pero la ley ha previsto que en algunos casos puede ser necesaria la audiencia, y por eso ha establecido las reglas siguientes:

3.^a *Si en algun caso procediese la audiencia de alguien, se prestará ú otorgará, poniendo de manifiesto el espediente en la escribanía para que se instruya el que haya de evacuarla.*

4.^a *En los casos en que la audiencia proceda, podrá oirse tambien en la forma prevenida en la regla anterior, al que haya promovido el espediente.*

Pongamos un ejemplo: si uno hiciese la consignacion de una cantidad en pago de una deuda, claro es que debería notificarse esta consignacion á la persona en cuyo beneficio se verifica, pero si la solucion debiera hacerse en otro punto, podria oponerse: así es que, en espedientes de esta naturaleza y otros que pudieran citarse, procede la audiencia.

La regla 5.^a previene que *se oirá precisamente al promotor fiscal: 1.^o, cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos: 2.^o, cuando se refiera á persona ó cosa, cuya proteccion ó defensa competan á las autoridades constituidas.* A virtud de esta audiencia se vendrá á parar ordinariamente á la negativa de

lo que se pida, porque por regla general, la jurisdicción voluntaria no se ejerce en las cosas del público, pues de lo contrario, sería muy fácil perjudicarlo.

La 6.ª regla se reduce á que se admitirán cualesquiera documentos que se presentaren, é igualmente las justificaciones que se ofrecieren sin necesidad de citacion ni de ninguna otra solemnidad: porque no habiendo nadie formado oposicion, á nadie es preciso citar: si alguno debiese ser oído se le pondría de manifiesto el expediente, y si se formalizase oposicion y procediese el juicio contencioso, en él se otorgaría toda la anchura necesaria para combatirlos. Además, objeto de la jurisdicción voluntaria, solo pueden ser diligencias inocentes que no acarreen perjuicio á tercero. Véase lo que se dispone en la regla 7.ª Si á la solicitud promovida se hiciere oposicion por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el expediente y sujetará á los trámites establecidos para el juicio que corresponda: pero si la oposicion (regla 8.ª) se hiciere por quien no tenga personalidad para ello, podrá el juez desestimándola dictar providencia sobre la solicitud que se hubiere instruido al promover el expediente.

No siendo propiamente juicios estas actuaciones, era consiguiente el tenor de la regla 9.ª, que dispone que el juez podrá variar ó modificar las providencias que dictare sin sujecion estricta á los términos y formas establecidas respecto á las que deban su origen á la jurisdicción contenciosa. El sentido de esta regla no necesita esplicacion.

Sin embargo, una vez pronunciadas era conforme otorgar recurso, y por eso la regla 10 establece que de las providencias que se dictaren, se admitirán para ante la audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan: y que las apelaciones (regla 11.ª) se admitirán siempre libremente y en ambos efectos al que hubiere promovido el expediente: y las que (regla 12.ª) interpusieren los que hayan venido al mismo expediente ó llamados por el juez, ó para oponerse á la solicitud que haya dado motivo á su formacion, serán admitidas en un solo efecto. Seguramente no hay perjuicio ninguno en dejar sin ejecucion una providencia contraria á los deseos del que la solicitó, al paso que llevarla á efectos muy natural, atendida la esencia del negocio, no obstante la contradiccion y apelacion de otra parte en un negocio que debe reputarse urgente.

La regla 13.^a previene, que *la sustanciacion de todas las apelaciones se acomodará á los trámites establecidos para las que se interpongan y admitan de sentencias interlocutorias.* Era esta la tramitacion mas á propósito.

Por último, la regla 14.^a determina que *contra las sentencias que dictaren las audiencias se dá el recurso de Casacion*; en los casos, por supuesto, en que pueda tener lugar ó por haberse faltado en la sentencia á la ley ó á doctrina admitida por la jurisprudencia, ó por haberse quebrantado las formas, ó sea las leyes del procedimiento.

He aquí en un breve cuadro reunidas todas las disposiciones relativas á la jurisdiccion voluntaria en general: la hemos definido y hemos señalado las principales reglas que deben observarse.

Para la mas acertada esplicacion indicamos desde el principio la idea de formar grupos de las diversas materias que abrazaban los títulos de la ley en esta segunda parte. En el cap. I, pág. 6.^a, del tomo I, digimos que teniendo por objeto los actos de jurisdiccion voluntaria las *personas*, los *bienes*, los *documentos* y los *hechos*, en estos cuatro círculos encerraríamos todas las disposiciones que contiene la ley. Así lo vamos á verificar principiando por las personas.

CAPITULO II.

De los actos de jurisdiccion voluntaria relativos á las personas.

Uno de los mas interesantes era el que decia relacion á la seguridad de las personas, á quienes con este objeto se colocaba en *depósito*, poniéndolas de esta suerte al abrigo de toda violencia ó incomodidad: pero habiendo tratado estensamente de esta materia en el tomo I, pág. 187, nos contentamos con remitir á nuestros lectores al lugar que indicamos en el que se halla tratada con toda latitud y prolijidad. En su consecuencia pasaremos á tratar:

De los alimentos provisionales.

Después de la seguridad de la persona lo más interesante debía ser lo que dice respecto á su subsistencia; por eso colocamos á continuación del depósito los alimentos.

Al hablar de los depósitos el art. 1294, indicó que las solicitudes que se refiriesen á alimentos, se sustanciarían de la manera establecida en el título respectivo de esta ley: pero en el 1316, se dispone que el mismo juez que acordase el depósito de un hijo ó hija de familias ó de un pupilo ó pupila, señalaría la suma que para los alimentos debían abonar provisionalmente los padres, tutores ó curadores al depositario. En el primer caso, la parte, ó sea la muger, debía pedirlos; en el segundo, el juez debía decretarlos de oficio porque se trataba de personas desvalidas que no tenían representación: el juez debía completar en este último caso su acción protectora dándoles de comer.

Los alimentos se han mirado en todas las legislaciones con un gran favor. Los romanos, usando de un lenguaje sentencioso, habían encerrado en una máxima ó axioma el germen de un procedimiento. *Venter*, decían, *non patitur moram*. El estómago no permite dilaciones. Triste sería que durante la discusión pereciese un ser humano de inedia.

Nos abstenemos de hacer una escursión en la legislación romana, y limitándonos á verificar un recuerdo de nuestro procedimiento en esta parte diremos, que los autores consideraban este juicio en la categoría de los sumarios en los que los términos se abreviaban, se recibían los autos á prueba por vía de justificación y la sentencia se ejecutaba, no obstante apelación, entendiéndose esto precisamente de los alimentos que se debían por equidad ó por la ley, y de ningún modo con respecto á los que se reclamaban por contrato ó testamento.

Pueden nuestros lectores examinar la ley 7.^a, tít. 28, Partida 3.^a; la 7.^a, tít. 19, Part. 4.^a; la 20, tít. 1.^o, lib. II, Novísima Recopilación.

Antiguamente se concedían también alimentos interinamente, aunque no faltan autores que proscribieron el método de concederlos sin audiencia de la parte, á quien se obligaba á darlos.

En varias legislaciones se ha hecho la oportuna clasificacion de los alimentos y designado las personas que tienen derecho á disfrutarlos y pedirlos.

Los alimentos son, en sentido jurídico, lo que se da á una persona para atender á su subsistencia, comprendiéndose en esta prestacion, no meramente lo que se da para comer, sino tambien para atender á las demás necesidades de la vida, como el vestido, la habitacion y medicinas.

Se dividen en *naturales* y *civiles*, designándose con el primer adjetivo los que consisten precisamente en lo indispensable para subsistir, para conservar la vida sin carecer de lo necesario: y con el segundo, aquellos que no se limitan á lo estrictamente indispensable, sino que se estienden á lo que exigen la condicion y circunstancias del que los ha de dar y del que los ha de recibir.

Con estas nociones, ya podemos entrar mas fácilmente en esta materia, reconociendo que se ha establecido cabalmente el sistema de conceder alimentos interinamente sin audiencia del condenado, á darlos desde luego, procediendo en esta materia contra la respetable opinion de los autores de la Enciclopedia. Mejor consideraríamos el método que se seguia antes en algunos juzgados poniendo formal demanda para la asignacion de alimentos, y por un otrosí solicitándolas de una cuota inferior como provisionales é interinos: pero no podemos prescindir de la ley, y tal cual es vamos á esplicarla, no sin que nos parezca violento que se califique de acto de jurisdiccion voluntaria uno, en que se condena á cierta persona por de pronto á sufrir un gravámen muy duro.

La ley exige, no obstante (sin duda para disminuir tal dureza), varias condiciones, á fin de que se pueda otorgar la concesion de los alimentos provisionales: la principal es, que la persona que lo reclame tenga derecho á pedirlos. Se hace preciso, pues, que el juez fije los ojos en las leyes que tratan del particular, y en las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los tribunales, pues no teniendo, como no tenemos hasta ahora un Código civil, es imprescindible consultar las disposiciones, dispersas en varias de nuestras compilaciones y autores. Remitimos, pues, á nuestros lectores á los artículos de *Alimentos* que contienen el Diccionario de Escriche y la *Enciclopedia Española*.

El derecho á pedirlos es la base, debe ser el fundamento de este procedimiento de jurisdiccion voluntaria: el juez que hace en ellos el oficio de parte, debe desestimar cualquiera solicitud que no descansa en esta condicion preliminar é indispensable. Así se infiere del art. 1210, que principia diciendo: *Para decretar alimentos provisionales á quien tenga derecho á exigirlos, se necesita:* luego el derecho es lo primero que se requiere para pedirlos: se da por supuesto, y sin él nada se puede hacer. Veamos lo demás que se necesita y es *primero, que se pidan por escrito;* porque esta es una peticion que debe causar estado y examinarse con detencion. Tambien en el depósito, art. 1281 se previene que debe presentarse solicitud por escrito. Por el tenor de los artículos citados, viene á deducirse que algunos actos de jurisdiccion voluntaria pueden provocarse sin escrito. De contado en el artículo 1513 se menciona el caso en que le conste al juez no pueda hacerlo la muger soltera, y el 1258 habla de la comparecencia que hagan los menores para nombrar curador. Sin embargo, en general se exigirá escrito, porque en él se puntualizan mejor los hechos y se evitan las equivocaciones que ordinariamente se cometen cuando se trasmite una relacion, que sale muchas veces imperfecta de la boca del que la hace, y que al trasladarse sufre tambien, por lo comun, alteraciones.

Sea de esto lo que quiera, para pedir alimentos ya hemos visto que la ley exige escrito como primer requisito, y *segundo, que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan.* Si se piden con mérito de alguna disposicion testamentaria ú otra escritura, se presentará; y si uno pidiese como hijo, acompañará las partidas que acrediten la filiacion. Para pedir alimentos, no basta tener derecho y acreditarlo debidamente con el título, sino que es indispensable así mismo que se le faciliten al juez todos los datos necesarios para señalar el tanto, para lo cual es de todo punto necesario llenar el tercero y último requisito, á saber es, *que se justifique aproximadamente el caudal del que deba darlos.* Esta justificacion basta que sea aproximada, porque en estas materias no es posible llegar á la exactitud: lo que no puede hacer el gobierno para imponer las contribuciones, tampoco lo puede hacer un particular al reclamar de otro una prestacion.

El que pide los alimentos con los datos y requisitos que aca-

bamos de esponer, ha cumplido ya lo que se le exige: de allí en adelante, al juez compete resolver. Así lo determina el art. 1211 que dice: *hecho lo que queda dispuesto en el artículo anterior, el juez hará la designacion, cuando proceda, (esto es, cuando haya derecho para pedirlos) de la suma en que deban consistir los alimentos, y dictará providencia mandándolos abonar por meses anticipados en todos los casos.*

Dos pueden ocurrir: ó que el juez los conceda ó que los niegue, y la ley debia señalar los remedios que para tales casos otorgára, y la tramitacion que debia seguir el expediente.

Todo lo comprenden los artículos que vamos á copiar. *Contra la sentencia en que se denieguen los alimentos procede la apelacion libremente y en ambos efectos (1212): porque nada hay que ejecutar, ni puede ejecutarse. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia respectiva, con citacion solo del que los haya promovido (1213).* Hasta entonces no hay otra parte que el peticionario: y se infiere del tenor de estos artículos, que aunque compareciese el sugeto á quien se le pretende exigirlos, no se le oirá ni se le admitirá la oposicion, como tampoco se oye en las ejecuciones al que se trata de ejecutar (tomo II, pág. 103).

Mas como la sentencia en que se conceden debe notificarse, si el condenado considera que tiene motivos para pedir su revocacion, es muy conforme que se le oiga, aunque de modo que no se frustré el cumplimiento de una providencia ejecutiva. Pero dice el artículo 1214, que *contra la sentencia en que se otorguen los alimentos, solo procede la apelacion en un efecto: porque si se admitiese en dos, se frustraría el objeto de la ley, y se dejaría desatendida una necesidad urgente. Era consiguiente que interpuesta (1213) se estendiera certificacion de la sentencia, la cual se reservará en el juzgado para su ejecucion, remitiéndose en seguida los autos á la audiencia, con citacion de ambas partes.*

Cuando se pronuncie fallo concediendo alimentos, no debe haber demora en ejecutarlo, porque, segun previene la ley, inmediatamente que se dicte sentencia (1216) otorgando alimentos provisionales, se exigirá al que deba abonarlos el pago de la primera mensualidad. Y si no lo verificare (1247), se procederá al embargo y venta de bienes bastantes á cubrir su importe en la

forma y por los términos prevenidos para el procedimiento de apremio, despues del juicio ejecutivo. Y lo mismo se hará con las demás mensualidades que vayan devengándose. Pero la mensualidad ¿se computará desde el fallo ó desde la fecha de la peticion? Nosotros entendemos que se hará desde la de la peticion, porque habiendo derecho á los alimentos en virtud del título que se exhiba, es muy conforme que surta efecto desde que se hizo uso de él y se entabló la reclamacion.

En este expediente (en el de apremio) no se permitirá (1218), ninguna discusion, ni sobre el derecho á pedir alimentos, ni sobre su entidad; porque es un expediente que tiene por objeto el cumplimiento de un fallo, y por que cualesquiera reclamaciones que sobre lo uno ó sobre lo otro se hicieren, se sustanciarán en juicio ordinario, y entretanto seguirá abonándose la suma señalada para alimentos. Pero esto no impide que si la sentencia en que se concedieron se apela ante la audiencia, pueda ventilarse el negocio bajo diferentes aspectos: ó negando la obligacion de prestar alimentos, ó negando la fuerza del título, ó impugnando la cuota señalada por ser excesiva ó inadecuada, ó finalmente, alegando los vicios que padezca la tramitacion. Y si no fuese dable esta discusion en la audiencia, ¿qué fruto se recabaria de la apelacion? Así que entendemos que pudiendo la audiencia revocar la sentencia, es claro que puede entrar en el fondo, pero su fallo debe arreglarlo de modo que no prejuzgue la cuestion que ha de ventilarse en juicio civil ordinario. Declarará, por lo tanto, que no se hace lugar la concesion de alimentos provisionales, pero no que carezca de derecho para pedirlos en demanda abierta el que los reclama.

Como que despues del fallo de la audiencia puede seguirse otro juicio, ó como este fallo no impide la incoacion de una demanda (1014), entendemos que no cabe el recurso de Casacion.

El que apela de una sentencia en que se conceden alimentos ¿podrá presentar documentos? ¿Cuál es la tramitacion que deberá seguirse en estas apelaciones? Contestaremos primero á la segunda pregunta, declarando que nuestra opinion es que deben seguirse como las de providencia interlocutoria. Y por lo que hace á los documentos, repetiremos lo que insinuamos en la página 287 de este segundo tomo, que si se tratase de un documento

que destruyese la accion y que privara de todo derecho al reclamante, seria una dureza el rechazarlo, pues además de ser en tal caso ilusoria la apelacion y de ningun provecho la audiencia, la equidad se resiste á que, cuando aparece destruido documentalmente el derecho del actor, se compela á uno durante las dos instancias de un juicio ordinario á dar alimentos á otro que aparece sin derecho á ellos, obligándole á desembolsos de que no puede ser reintegrado, atendida la triste situacion del que pide alimentos. Seria contra la equidad una interpretacion contraria, y fundados en ella, aun nos atreveríamos á indicar que el apelante puede pedir en segunda instancia juratorios. Repotimos que sino se concede algun medio de defensa al que ha sido condenado sin ser oido al principio á dar alimentos, se le concederá despues una audiencia puramente nominal.

CAPITULO III.

Del nombramiento de tutores y curadores, y del discernimiento de estos cargos.

Imposible era que la ley de procedimientos echase en olvido la tramitacion que debe observarse en los expedientes que es preciso formar para el nombramiento de tutores y curadores, como tambien acerca del modo de tomar las correspondientes precauciones con el objeto de evitar la dilapidacion de sus bienes y caudal.

Como esta es una ley meramente de procedimiento, no entraremos en la esplicacion de ciertas nociones que presupone, y cuyo conocimiento proporciona la lectura de nuestros códigos. Con efecto, se da por supuesto que hay una diferencia esencial entre el tutor y el curador: que el primero se da á la persona principalmente y secundariamente á los bienes: el segundo secundariamente á la persona y principalmente á los bienes, siendo el último como un complemento que establece la ley en favor de aquellas personas que no han adquirido una absoluta madurez en su juicio, ó que cree que no la pueden tener en razon de no haber lle-

gado á la edad en que la ley supone cumplidamente desarrollado el individuo moralmente, ó sea en su juicio y en su inteligencia.

El tutor se da á los que tienen menos de catorce años; el curador á los que habiendo pasado de esta edad no han llegado á los veinticinco.

Siguiendo el orden de la ley, trataremos de esta diversa clase de guardianes y custodios que se conceden á personas que se suponen necesitadas de este auxilio.

§ 1.º — *Del nombramiento de tutores.*

La ley procede bajo el supuesto de que puede haber tres clases de tutores; los testamentarios, los legítimos y los dativos.

Los primeros no los nombra el juez: así es que con respecto á ellos, es inexacto el epigrafe que se pone al frente de la sección 1.ª, en la que se habla del nombramiento de tutores. Con respecto á los testamentarios, la ley se limita á ejercer la vigilancia razonable á fin de impedir que la voluntad del testador sea burlada.

La ley respeta en todas sus partes la última disposición del ciudadano: da por sentado que el padre ó la madre pueden nombrar tutor, y que puede nombrarlo así mismo cualquiera persona que haya mostrado un grande afecto al menor, dejándole todos ó una porción considerable de sus bienes.

En los tres casos es necesario presentar el testamento ó escritura por la que conste. Por eso, caminando la ley en el concepto de que esta justificación es indispensable, dice el art. 1219 que, *acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en su última disposición, se le discernirá el cargo por el juez, sin exigirle fianza, si se le hubiere dispensado de ella.* El juez se limita á interponer su autoridad, á prestar su apoyo á la disposición del difunto, pero no habiendo (1220) en ella relevación de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse. El importe (1224) de las mismas se determinará con audiencia del promotor. Y la misma audiencia deberá prestarse para la apreciación y aprobación de las que se dieren. Pero esto tendrá lugar cuando el menor careciese de un custodio especial, porque (1225) en los casos

en que el menor tuviere con anterioridad nombrado curador para pleitos, se oirá á este sobre la importancia y aprobacion de las fianzas, en lugar del promotor. Esta era una garantía mas eficaz. Queda espuesto el método que debe seguirse para la admision de las fianzas.

Restaba solo enumerar los casos en que podrian tener una aplicacion mas estensa los principios establecidos con respecto al padre. El art. 1221 dice que *si la madre, á falta de padre, hubiere nombrado tutor á su hijo, se discernirá también el cargo al nombrado sin fianza, si hubiera sido relevado de ella por la misma madre. Y que lo prevenido (1222) en el artículo anterior, se observará también respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia. Un rasgo de generosidad equivale, hasta cierto punto, á la paternidad: se iguala á los derechos que da la sangre, porque no puede negarse que da muestras de ternura y de cariño el que se desprende de parte de sus bienes en favor del menor. Como padre puede reputarse el que, ya que no le da el ser físico, le da, en cierto modo, el ser social aumentando su fortuna.*

El art. 1223 establece una regla que puede reputarse un acto de prevision y de vigilancia especial sobre los menores. *En los casos, dice, de que hablan los dos artículos precedentes (el de que la madre ó el legatario hubiesen relevado de la prestacion de fianzas), puede el juez exigir las al tutor nombrado, aun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele. No habla del caso en que la relevacion proceda del padre. sin duda porque se supone que este, para dictarla, habrá procedido con mas aplomo que no la madre ni el donante.*

Hasta ahora ha hablado la ley de los tutores testamentarios, pero como en defecto de ellos entran los legítimos y dativos, habla de ellos por el orden de su preferencia indicada al designarlos. *No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre (estas son las palabras del art. 1226) ú otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda de importancia, designará el juez para este cargo al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley.*

Pero si á los testamentarios, aunque tenían el sello de un voto

tau respetable como el de la madre y del donante, se les exigia, cuando no estaba ordenada la relevacion, fianzas que garantizasen su administracion, con mayoría de razon debian exigirse al que no tenia otro título para desempeñar la tutela que el parentesco: por eso dispone el art. 1227 que *previas la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en la forma que queda prevenido, se le discernirá el cargo.*

Pero no habiendo pariente á quien designar (1228), se hará constar esto debidamente, y el juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo, previo lo que queda establecido en el artículo anterior (la prestacion de fianzas). Una particularidad hay en este artículo, y es la de exigir que se haga constar debidamente que no existen parientes, cuya diligencia servirá para evitar todo género de arbitrariedad y de incuria, pues para estampar solemnemente que no hay parientes, el juez debe practicar pesquisas é investigaciones: así que entendemos que esta diligencia deberá suscribirla el juez. Solo entonces cabe la eleccion entre los estraños.

Mas no se crea que el juez en una materia tan interesante tiene atadas las manos: la ley en favor de personas desvalidas le concede grandes facultades, pues segun advierte el art. 1229 *en todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente mas inmediato, ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniese las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirle á otra persona que merezca su confianza.*

Como pueden sobrevenir controversias, el art. 1230 previene que si sobre el nombramiento se empeñare cuestion, se sustanciará en via ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el juez hubiere nombrado, que tendrá el carácter de su curador para dicho pleito determinadamente.

En nuestro concepto este tutor con autorizacion judicial, podrá entender en los negocios del menor, que por la oposicion al nombramiento de tutor no deben quedar desatendidos.

§ 2.º — *Del nombramiento de curadores para los bienes.*

Casi podriamos haber colocado á un mismo tiempo las disposiciones de los artículos relativas á los curadores, porque son iden-

ticas, pero el compromiso que tenemos contraído de conservar el texto nos obliga á transcribirlas con separacion.

Si el padre (dice el 1251) hubiere nombrado curador para sus hijos, se le discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido. He aquí la misma preferencia á la curatela testamentaria, que á la tutela ordenada en un testamento (art. 1219).

Si el padre no hubiere relevado de fianzas á la persona nombrada (1252), no podrá discernirsele el cargo sin que las haya previamente prestado. Lo mismo respecto á la tutela previene el artículo 1220.

Si la madre (1253) hubiere nombrado curador á sus hijos, se le discernirá también el cargo, exigiéndole fianzas si no ha sido relevado de ellas, y sin exigirseias en el caso de haber esta relevacion. Vid. art. 1221.

Lo dispuesto (1254) en el artículo anterior se observará también en el caso de que alguna persona que hubiere instituido heredero al menor, ó dejádole manda de importancia, le haya nombrado curador. Vid. 1222.

Puede, sin embargo, el juez (1255) exigir fianzas al curador nombrado en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, aun cuando haya relevacion de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor. Vid. 1225.

Hasta aquí hay una absoluta conformidad en estos artículos con los que tratan de los tutores, pero en adelante se observarán disposiciones que marcan la distinta índole de la tutela y curatela. El menor de 14 años tiene que someterse absolutamente á la autoridad de las personas que sus padres ó el juez le nombraren: no así el mayor de 14 que puede ya expresar su voluntad en una materia que le interesa y á quien, aunque no plena, se le concede intervencion en un negocio que le pertenece, cual es la designacion de la persona que debe desempeñar el cargo de curador.

Si el menor (dice de acuerdo con estos principios el art. 1256) se opusiere al nombramiento de curador hecho por la madre ó por la persona que le haya instituido heredero ó dejádole manda de importancia y el juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado; porque aunque sea menor, si alega razones fundadas y estimables no se deben desatender. No

es justo que porque unos labios jóvenes articulen ciertos méritos que tengan fuerza, no los tome en consideracion el juez.

Caso de empeñarse cuestion (continúa el 1236) sobre cualquiera de los particulares indicados en los artículos precedentes, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor, si lo hubiere tenido: segundo, el que haya sido su curador para pleitos: tercero, y á falta de los dos anteriores el promotor fiscal del juzgado.

Cuanto mas la examinamos mas oscura nos parece la última parte del art. 1236, porque seguramente no se comprende con facilidad cuáles son los particulares que se indican en los artículos precedentes; si digese tan solo *artículo*, la duda se disiparía puesto que efectivamente el 1235 contiene un caso, que es el de que el juez exija fianzas contra lo dispuesto en los testamentos de la madre y del bienhechor. El tutor repelido podrá reclamar en un juicio ordinario contra esta providencia. Repetimos que no encontramos otro caso que pueda dar lugar á esa amplia tramitacion, y tambien creemos deber manifestar con franqueza, que sobre un punto que puede ventilarse prontamente, nos parece no muy conforme que se conceda el dilatado procedimiento de un juicio ordinario.

La ley no podia echar en olvido el caso de que ni los padres ni un bienhechor generoso nombrasen quien protegiera al menor, pasando á establecer las reglas de su nombramiento en tales circunstancias. *No habiendo curador (1237) nombrado por el padre, madre ó persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, corresponderá al mismo menor el nombramiento. El nombramiento (1238) de curadores deberán hacerlo los menores ante el juez por comparecencia que suscribirán.*

Se les concede por la ley esta ventaja; la de poder designar al sugeto que haya de completar su persona, que ha de ser su consejero y su asistente en los negocios, y finalmente, que ha de dirigirlos en una época tan peligrosa de la vida. Pero no se crea que esta es una facultad que no tiene limites, que deja al juez sin autoridad y que le obliga á cruzarse de brazos ante las exigencias del menor; si este en vez de un defensor de sus bienes, de un consejero sensato, eligiese un cómplice en sus devaneos, un

testa-férrea para dilapidar sus bienes y para sancionar sus locuras, el juez podría intervenir, porque el art. 1239 establece que *si la persona nombrada no reuniere las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar.*

El menor ó el curador nombrado por este ¿podrán reclamar contra esta repulsa? La ley nada dice, de cuyo silencio se puede inferir, quizás con fundamento, que no se hará lugar reclamacion alguna en un negocio sumario por su naturaleza, y en el que el juez ha hecho una apreciacion semejante á la que hace de los hechos un jurado. Si se admitiese recurso se promovería un juicio de mala índole por cuanto el juez se vería precisado á hacer revelaciones, quizás ofensivas al curador, entrando en lucha abierta y á cuerpo desnudo con la parte que se supusiere ofendida. Pero al mismo tiempo no deja de sufrir un desaire y de ver impresa sobre su frente una nota el que es alejado del cargo de la curatela sin queja alguno de otro, y meramente de oficio. ¿No se le ha de conceder un medio de que lave esta mancha, de que obtenga una reparacion? No dejan de ser fuertes á nuestros ojos estas consideraciones que obligan á que nuestro ánimo quede perplejo, y mas cuando el art. 1256 sobre extremos menos interesantes, concede audiencia y autoriza un procedimiento ordinario. Si esta negativa del juez al discernimiento se reputase una verdadera remocion, debería oírsele en conformidad al art. 1276, que esplicaremos al tratar de las disposiciones comunes.

Hecho el nombramiento (1240, no opinando el juez que el nombrado deba ser repelido) con audiencia del promotor si no tuviere el menor con anterioridad curador para pleitos, y con la de este en lugar de aquel, habiéndolo, determinará la fianza que el curador nombrado haya de prestar. La misma audiencia (1241) deberá tener lugar para apreciar y aprobar la fianza que se precisare: y aprobada la fianza (1242) se discernirá el cargo al nombrado: con lo que quedará terminado el expediente.

§ 5.º — Del nombramiento de curadores ejemplares.

Pero no solo los menores de 14 y 25 años debían estar bajo el amparo de la ley y recibir en virtud de sus disposiciones perso-

nas que los auxiliaran ; hay otras dignas de proteccion en razon de que por su incapacidad se hallan imposibilitadas ó de atender á sus negocios ó de regirlos con acierto.

Los custodios que se les nombran , se llaman ejemplares porque se eligen *ad exemplum*, á semejanza ó imitacion de los que se dan á los menores. Estos reciben curadores ordinarios: los incapacitados, curadores ejemplares.

Lo relativo á su nombramiento se halla reducido á los estremos siguientes: 1.º, quién deberá hacerlo: 2.º, qué deberá preceder á su nombramiento: 3.º, quiénes deberán ser nombrados: 4.º, qué deberá practicarse despues del nombramiento: 5.º, qué despues del discernimiento.

Primer punto.—Quién deberá hacer el nombramiento.

El nombramiento de curador ejemplar (1245) debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitare, luego que tenga noticia de su incapacidad: porque dándose este curador especialmente en beneficio de la persona para ponerla á cubierto de las desgracias que pudieran sobrevenirle en su abandono, ningun juez estaba en mejor proporcion de satisfacer esta necesidad que el del domicilio del incapacitado.

2.º—Qué deberá preceder á su nombramiento.

Pero á este nombramiento (1244) deberá preceder justificacion (no cualquiera sino cumplida) de la incapacidad. La razon es porque para colocar á un hombre ó muger mayor bajo la salvaguardia y direccion de otra, es necesario que al juez le conste de una manera que no ofrezca duda ninguna que se halla imposibilitado por sí mismo de atender á su propia conservacion y á la de sus bienes.

3.º—Quiénes deberán ser nombrados.

Este nombramiento (dice el art. 1245) deberá recaer por su orden en las personas que á continuacion se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: porque seria una ridicu-

lez nombrar una persona inepta para dirigir á un incapacitado. Seria unir una imperfeccion á otra imperfeccion, una nulidad á otra nulidad, dar por guia un ciego á otro ciego: pero la eleccion del juez debe girar dentro de cierto círculo: entre *el padre, hijos, muger, madre, abuelo y hermanos del incapacitado*. La ley establece este órden: primero el padre, porque es tambien el primero en el órden del cariño; despues los hijos, que son los que mas deben amar al autor de sus dias, y en seguida la muger, etc., colocando en último lugar los hermanos, que gefes por lo comun de otra familia, deben andar mas distraidos en su afecto,

El art. 1246 entre estos mismos establecia cierto órden de preferencia. *Si hubiere, dice, varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras, y el mayor al menor. Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán tambien preferidos los varones á las hembras: y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre á los que lo fueren por la de la madre.*

Faltando estas personas predilectas se acudirá á los parientes y amigos, haciendo en sus manos el depósito de un ser desgraciado á quien si le amaron en la época de su felicidad, con mayoria de razon deberán considerar y amar en la de su desgracia. Así lo dispone el 1247: *no habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, ó no siendo aptos para la curatela, el juez podrá nombrar á la que estimare mas á propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, las que sean parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres.*

4.º — *Qué deberá practicarse despues del nombramiento.*

Hecho y aceptado el nombramiento, se determinará con audiencia del promotor del juzgado el importe de la fianza que haya de prestar el curador nombrado. La misma audiencia deberá tener lugar para la apreciacion y aprobacion definitiva de la fianza que se prestare. De este alianzamiento nadie se exime: deberá ser hipotecaria y entendemos que antes de prestarla deberá ventilarse la cuestion de si se concederá fruto por pension.

Dada y aprobada la fianza (1249), como que ya entonces está asegurada la hacienda del incapacitado, se discernirá el cargo al nombrado.

§ 3.º—*Qué despues del discernimiento.*

Despues de discernido el cargo (1250), llenadas todas las formalidades, se hará entrega al curador del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al expediente, porque este es un documento interesantísimo para que en lo sucesivo pueda exigirse la responsabilidad. Y para mayor seguridad (1251) todo expediente que se formare para el nombramiento de curador ejemplar, hecha que sea la entrega de los bienes, se protocolizará en la escribanía pública del lugar del domicilio del incapacitado, ó en la que el juez designe si hubiere mas de una. Caso de no haber ninguna, la protocolizacion se hará en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determinare. Esta precaucion es muy conveniente y acredita mucha prevision. Un expediente de pocas hojas puede desaparecer, puede fácilmente confundirse juntándole con otros, ó tal vez ser arrebatado por una mano interesada; pero trasladado á un protocolo tiene cierto carácter de perpetuidad, y mas debiendo anotarse la obligacion hipotecaria en el registro.

Por último, sucediendo al incapacitado el curador: habiendo una subrogacion de personas, era preciso que se hiciese saber esta mudanza. Se dará, pues, asimismo (1252) á reconocer al curador nombrado, como tal á quien corresponda, segun las circunstancias del caudal.

§ 4.º—*Del nombramiento de curador para pleitos.*

De ellos hemos hablado en el tomo I, pág. 425. Nos referimos á lo que entonces digimos y solo debemos añadir que el art. 1268 previene que para el discernimiento del cargo de curador para pleitos, basta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas en la ley.

§ 5.º—*Del discernimiento de los cargos de tutor y curador.*

El discernimiento es la última diligencia, el remate de los expedientes de tutela y curaduría; es la investidura que da el juez á los tutores y curadores; es, en una palabra, el otorgamiento solem-

ne de facultades para el desempeño de estos cargos; una mision autorizada; una posesion conferida con todo el aparato del derecho, ó como dice Escriche, es el nombramiento judicial hecho en alguna persona, por el cual se le habilita para alguna accion ó desempeño de algun cargo ó negocio, v. gr., para la tutela, etc.

La nueva ley no define el discernimiento, porque supone conocida esta palabra y porque esta materia en el fondo es mas propia del Código civil (en cuyas disposiciones no deja de introducirse aquella): pero hace al juez las oportunas prevenciones para que no otorgue el discernimiento, sin que previamente adopte algunas medidas de precaucion: 1.^a, el afianzamiento: 2.^a, la retribucion que debe tener el tutor ó curador y el señalamiento de alimentos del menor ó incapacitado: 3.^a el otorgamiento de la obligacion de cumplir bien con su oficio.

Con respecto á la primera garantia, á la prestacion de la fianza dice el art. 1264. *Al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador, deberá siempre proceder la justificacion cumplida de haber sido relevado por el padre de fianzas, ó por la madre ó persona que haya instituido heredero al menor ó dejádolo manda de importancia, y de la aprobacion del juez en estos dos últimos casos, ó el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á lo que queda prevenido: advirtiéndose el 1265 que las fianzas en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias: esto es, se constituirán con bienes raices, que son los que ofrecen mas seguridad; pero no se deja esta garantia al simple arbitrio del juez; no se permite una apariencia exterior en lugar de una realidad que ofrezca seguridades, sino que se halla ordenado (1266), que la entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor con exclusion de los bienes inmuebles. Aunque principalmente se dan las fianzas por el caudal, el art. 1267 declara, que serán además estensivas, en los casos en que no se declare se entienda fruto por pension el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare, despues de rebajada de ellos la suma señalada para alimentos, y el tanto por ciento de la administracion.*

Asegurado el caudal del menor ó incapacitado por estos medios, se pasará al señalamiento de la retribucion del tutor ó curador y al de los alimentos del menor. ¿A qué fin dar estos pasos sino pre-

sentára las suficientes garantías? *Antes de hacer el juez (1261) el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para los bienes ó ejemplar, teniendo en consideracion la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona, y oyendo siempre al promotor, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pension.*

Caso de no declararse que se entienda en dicha forma, señalará el juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion, y el tanto por ciento que haya de abonarse por la administracion.

Pasa despues la ley á manifestar las consecuencias de esta declaracion: *declarado que el ejercicio del cargo se entiende fruto por pension (1262), y consentida y ejecutoriada esta declaracion, el tutor ó curador hacen suyos los frutos del caudal, y contraen la obligacion de cubrir todas las necesidades del menor y las atenciones del mismo caudal. En este caso no tienen el tutor y curador necesidad de dar cuentas; pero sí quedan obligados á cubrir las cargas y á hacer las reparaciones ordinarias de los bienes; con respecto á las extraordinarias deberia formar el oportuno expediente y obtener la aprobacion del juez para que conceda su ejecucion señalando el caudal de que deban pagarse.*

Cuando no se cediesen los frutos en la forma indicada y se estableciese el sistema ordinario, tendrá lugar lo que determina el art. 1263 que dice: *Hecho el señalamiento de suma determinada para alimentos, y de un tanto por ciento para la administracion, se abonarán sus respectivos importes en sus cuentas al tutor ó curador, debiendo agregarse á la masa del caudal los productos íntegros del mismo.*

Todavía la ley establece otra garantia, que es la de la obligacion que se preste por el tutor y curador. *Cumplido cuanto queda dispuesto en los artículos que preceden (1269), se exigirá al nombrado que otorgue en el mismo expediente la oportuna obligacion á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen. Otorgada (1270) dicha obligacion, se estenderá en seguida la diligencia de discernimiento, en la cual el juez dará facultades al nombrado para representar al menor (y al incapacitado debió añadir tambien) con arreglo á las prescripciones legales, y para cuidar de su persona y bienes.*

ne de facultades para el desempeño de estos cargos; una mision autorizada; una posesion conferida con todo el aparato del derecho, ó como dice Eseriche, es el nombramiento judicial hecho en alguna persona, por el cual se le habilita para alguna accion ó desempeño de algun cargo ó negocio, v. gr., para la tutela, etc.

La nueva ley no define el discernimiento, porque supone conocida esta palabra y porque esta materia en el fondo es mas propia del Código civil (en cuyas disposiciones no deja de introducirse aquella): pero hace al juez las oportunas prevenciones para que no otorgue el discernimiento, sin que previamente adopte algunas medidas de precaucion: 1.^a, el afianzamiento: 2.^a, la retribucion que debe tener el tutor ó curador y el señalamiento de alimentos del menor ó incapacitado: 3.^a el otorgamiento de la obligacion de cumplir bien con su oficio.

Con respecto á la primera garantia, á la prestacion de la fianza dice el art. 1264. *Al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador, deberá siempre proceder la justificacion cumplida de haber sido relevado por el padre de fianzas, ó por la madre ó persona que haya instituido heredero al menor ó dejándole manda de importancia, y de la aprobacion del juez en estos dos últimos casos, ó el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á lo que queda prevenido: advirtiéndose el 1265 que las fianzas en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias: esto es, se constituirán con bienes raices, que son los que ofrecen mas seguridad; pero no se deja esta garantia al simple arbitrio del juez; no se permite una apariencia exterior en lugar de una realidad que ofrezca seguridades, sino que se halla ordenado (1266), que la entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor con exclusion de los bienes inmuebles. Aunque principalmente se dan las fianzas por el caudal, el art. 1267 declara, que serán además estensivas, en los casos en que no se declare se entienda fruto por pension el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare, despues de rebajada de ellos la suma señalada para alimentos, y el tanto por ciento de la administracion.*

Asegurado el caudal del menor ó incapacitado por estos medios, se pasará al señalamiento de la retribucion del tutor ó curador y al de los alimentos del menor. ¿A qué fin dar estos pasos sino pre-

sentára las suficientes garantías? *Antes de hacer el juez (1261) el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para los bienes ó ejemplar, teniendo en consideracion la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona, y oyendo siempre al promotor, determinará si se entiende el desempeño del cargo fruto por pension.*

Caso de no declararse que se entienda en dicha forma, señalará el juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion, y el tanto por ciento que haya de abonarse por la administracion.

Pasa despues la ley á manifestar las consecuencias de esta declaracion: *declarado que el ejercicio del cargo se entiende fruto por pension (1262), y consentida y ejecutoriada esta declaracion, el tutor ó curador hacen suyos los frutos del caudal, y contraen la obligacion de cubrir todas las necesidades del menor y las atenciones del mismo caudal. En este caso no tienen el tutor y curador necesidad de dar cuentas; pero sí quedan obligados á cubrir las cargas y á hacer las reparaciones ordinarias de los bienes; con respecto á las estraordinarias deberia formar el oportuno expediente y obtener la aprobacion del juez para que conceda su ejecucion señalando el caudal de que deban pagarse.*

Cuando no se cediesen los frutos en la forma indicada y se estableciese el sistema ordinario, tendrá lugar lo que determina el art. 1263 que dice: *Hecho el señalamiento de suma determinada para alimentos, y de un tanto por ciento para la administracion, se abonarán sus respectivos importes en sus cuentas al tutor ó curador, debiendo agregarse á la masa del caudal los productos integros del mismo.*

Todavía la ley establece otra garantia, que es la de la obligacion que se preste por el tutor y curador. *Cumplido cuanto queda dispuesto en los artículos que preceden (1269), se exigirá al nombrado que otorgue en el mismo expediente la oportuna obligacion á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen. Otorgada (1270) dicha obligacion, se estenderá en seguida la diligencia de discernimiento, en la cual el juez dará facultades al nombrado para representar al menor (y al incapáitado debió añadir tambien) con arreglo á las prescripciones legales, y para cuidar de su persona y bienes.*

§ 6.º *Disposiciones comunes á las secciones anteriores.*

Bajo este epigrafe, la ley ha recopilado una porcion de medidas sumamente útiles y previsoras, que establecen á manera de un tribunal de censura y una vigilancia constante en favor de los menores é incapacitados.

Desde luego en los juzgados de primera instancia (1271), habrá un registro en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren de cargo de tutor ó curador para los bienes.

Este registro podrá ser útil tambien para los demás particulares, pues podrán acudir á él en algunos casos á fin de enterarse si ciertas personas se hallaban debidamente representadas; pero su objeto principal es poner á los jueces en el caso de mirar continuamente por la suerte de estos seres desvalidos. Asi tienen que hacerlo por necesidad, habiendo de llenar como un deber lo que dispone el art. 1272, cuyo tenor es el siguiente:

El dia último de cada año, dice, examinarán los jueces dichos registros, y dictarán en su consecuencia, de las medidas siguientes las que correspondan segun las circunstancias (1).

1.ª *Si resultare haber fallecido algun tutor ó curador, harán sean reemplazados como corresponde con arreglo á ley: pero para que esta disposicion pueda tener lugar, es indispensable, ó que se encargue al juez de paz del pueblo en que haya tutores ó curador comuniquen su fallecimiento, ó que los tutores al fin del año tengan obligacion de presentar su fé de vida, ó que el juez por otro medio haga esta pesquisa: de otra suerte no sabemos cómo el juez pueda dictar providencia. En el primer caso el juez no debe aguardar al último dia del año á reemplazar al tutor ó curador difunto.*

2.ª *Si procedente de cualquiera euagenacion hubiere alguna una depositada para darle destino determinado, procurarán tenga esto cumplido efecto. Parecidas observaciones á las que hici-*

(1) Téngase presente lo dispuesto en el art. 1275 que dispone, que lo prevenido en el artículo anterior (el que se comenta) no se entiende con los tutores nombrados por el padre, quienes este haya relevado de fianzas. Una confianza tan ilimitada como la que se les dispensa por el padre, no vendria bien con esa vigilancia tan particular.

mos anteriormente podremos hacer en este caso. Preciso será imponer al tutor ó curador que venda, ó al escribano que testificare la escritura de venta que ponga en noticia del juez la enagenacion y su importe; y entonces tampoco deben aguardar al fin del año para proveer. Y de acuerdo con lo que indicamos están las disposiciones de los arts. 1409 y 1410 relativas á la venta de bienes de menores é incapacitados.

5.^a *Exigirán tambien que rindan cuentas los tutores ó curadores que deban darlas.* Esto ya es mas fácil, pues al finar el año podrán saber si los tutores ó curadores que resulten nombrados en el registro han cumplido ó no con esta obligacion.

4.^a *Obligarán á los mismos tutores y curadores, en los casos en que no se entienda el desempeño de sus cargos fruto por pension, á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto los sobrantes de las rentas ó productos del caudal de los menores, despues de cubierta la suma señalada para alimentos, y de pagado el tanto por ciento de administracion.* Esto únicamente podrá tener lugar cuando se hayan examinado las cuentas y se vea el resultado que ofrecen.

5.^a *Procurarán la imposicion de cualesquiera fondos existentes á que no deba darse otra aplicacion especial.* De manera que los sobrantes deben colocarse en un establecimiento público, porque quizás las necesidades inopinadas del mismo menor ó de los bienes, exijan que se tenga en depósito cierta suma, pero cantidades respetables merecerán quizás un destino especial. Esta disposicion tiene mucha relacion con la segunda.

6.^a *Tomando al efecto las noticias que estimen necesarias del estado de la gestion de la tutela o curatela, adoptarán las determinaciones convenientes para evitar los abusos y remediar los que puedan haberse cometido.* Intervencion saludable y que no es mas que el desarrollo de aquel principio tutelar de la legislacion romana que decia, *melius est intacta jura servare, [quam vulnerata causa remedium quærere.*

El art. 1274 hace una prevencion general, y es la de que sobre las cuentas que los tutores y curadores rindieren durante aun la menor edad de sus pupilos, se oirá siempre al curador para pleitos de los mismos si lo tuvieren, y si no á los promotores fiscales.

No oponiendo (1275) los mismos menores ni sus curadores para pleitos, ó promotores en su caso, reparo á las cuentas, se aprobarán con la cualidad de sin perjuicio del derecho que las leyes conceden á los mismos para reclamar cualquier agravio que en ellas pueda haberseles causado.

Por último, esta sección concluye con el establecimiento de otras reglas. Los tutores y curadores (1276) ya sean para los bienes, ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdicción voluntaria, aun cuando sea á solicitud de los menores. Para decretar su separación, añade, después de discernido el cargo, es indispensable oírlos y vencerlos en juicio. Una separación es siempre deshonrosa, y justo es que se oiga al que es acusado antes de estampar sobre su frente una nota.

§. 7.º *De las habilitaciones para comparecer en juicio.*

De esta hemos tratado ya al hablar en el tomo I, pág. 425. acerca de la aptitud de las personas para litigar.

CAPITULO IV.

Del suplemento del consentimiento de los padres ó curadores para contraer matrimonio.

No se trata aquí del caso en que el padre, la madre, los abuelos ó tutores se niegan á prestar el consentimiento para un matrimonio. Esta es una materia peculiarmente reservada para el Código civil: es uno de los derechos de la patria potestad. Se trata en este título precisamente de un caso diverso, del en que los padres, tutores ó curadores hayan muerto, se hayan ausentado á larga distancia ó no se sepa su paradero. Entonces es cuando el juez es llamado á ejercer sus funciones y á suplir con ellas las de los padres.

La sociedad debe seguir su curso, no obstante los obstáculos que ofrezca la desaparición ó ausencia de algunos individuos. Si el padre se halla ausente, el hijo no ha de esperar indefinidamente

su regreso cuando esté á tan larga distancia que no sea posible esperar respuesta dentro del período de un año. De otra suerte, ¡cuántos perjuicios no podrian irrogarse! ¡Cuántos enlaces ventajosos no podrian frustrarse! La ausencia indefinida, ignorada, equivale en cierto modo á la muerte. El padre ó tutor que abandonan sus hijos y sus pupilos no pueden exigir que se les espere sin término á ejercer sus derechos. Esta ausencia merece un castigo, ó á lo menos no merecen los que la verifican, que por un respeto de que no son dignos, se deje vacante esa magistratura doméstica.

Ahora es preciso que entremos á examinar las prescripciones de la nueva ley. *En los casos en que con arreglo á las leyes (Véase la ley 9, tit. 2.º, lib. X, y la 18 del mismo título y libro, de la Novísima Recopilacion) la autoridad judicial (1567) deba dar su licencia á un menor para contraer matrimonio, deberá acreditarse previa y cumplidamente por el que la solicitare, hallarse en alguno de los tres casos siguientes: 1.º no tener padre, madre ni curador; porque si tuviere alguna de estas personas, no corresponde que el juez se entrometa á ejercer las funciones de su oficio, que son las de suplir á personas, que pudiendo obrar por sí, no necesitan de quien las reemplace.*

2.º *Hallarse los mismos en países con los cuales sea preciso invertir mas de un año para comunicarse y obtener respuesta: porque este período es tan largo, que puede hacer que se malogren ocasiones ventajosas.*

3.º *Ignorarse el paradero del padre, madre ó curador. Esta ignorancia puede provenir, ó de que estos hayan tratado de ocultar el punto á que se han dirigido y en que permanecen, en cuyo caso, la indiferencia que muestran hácia sus hijos y personas que les fueron encomendadas, merece el castigo de que no se atienda su autoridad: ó esta ignorancia proviene de una desgracia que no es justo pese irrevocable y perpetuamente sobre los menores. La sociedad no podia consentir que unas personas que no los protegen ni pueden proteger, sirviesen de obstáculo á su felicidad y enlaces ventajosos. Pero el artículo advierte que, fuera de estos tres casos, el juez no podrá otorgar la licencia.*

A ellos se halla limitada la autoridad del juez, que no podrá interponerla en este negocio tan delicado, sino mediando una jus-

tificacion completa, y tomando informes y noticias. Asi lo dice el art. 1568: *Acreditado hallarse en cualquiera de dichos casos, el que pidiere la licencia, el juez, previos los informes y datos que reunirá, y resultando de ellos no haber obstáculo que legalmente pueda impedir el matrimonio, otorgará su licencia, ó la denegará si estimare haberlo.* Bien analizado este artículo, se deduce que el juez no puede principiar á conocer en esta materia, sino cuando se le justificare por el que recurre que se ha verificado uno de los tres casos indicados. Desde que le conste su existencia comenzará á usar de las mismas facultades que un padre y un tutor, tomará informes y datos, y en virtud de ellos otorgará ó negará la licencia.

Puede ser una cuestion si estos informes deben consignarse en el expediente, porque algunos pueden tener la calidad de reservados, y darse en este concepto. La circunstancia de que, segun previene el art. 1569, *la providencia que dictare (el juez) denegando la licencia, es apelable libremente para ante la audiencia del territorio,* parece que exige que en el expediente se consignent los informes, y que no se oculten las personas que los dieron, porque de otra suerte, la audiencia no podria calificar con acierto si era ó no justa la providencia del juez de primera instancia. Se dirá tambien que no hay inconveniente en que resulten originales los informes, en atencion á que estos expedientes no se comunican á la otro parte; pero si esto puede suponerse en la primera instancia, no en la segunda, caso de apelacion, pues entonces la comunicacion es imprescindible, porque sin ella no puede haber defensa, á lo que se agrega lo que dispone el art. 1375 que dice que *cualesquiera cuestiones que se susciten en estos expedientes, se sustanciarán en los términos prevenidos en esta ley, segun su índole y naturaleza: terminando, desde que se promuevan la jurisdiccion voluntaria del juez.*

Pero á pesar de todo, nosotros creemos que para que esta magistratura que se le concede al juez pueda ser útil á la sociedad y benéfica á los menores, obteniendo revelaciones interesantes acerca de las cualidades de la persona con quien trata de enlazarse el menor, es preciso garantizar el sigilo. Asi lo conceptuaban nuestros legisladores, prohibiendo que de los expedientes de disenso pueda pedirse compulsa ni antecedente alguno para otros

negocios. Seguramente, en los expedientes referidos se hace mención de defectos de las personas ó de manchas de las familias, manchas y defectos que no deben salir del estrecho círculo de aquella tramitación, de aquel objeto especial para que se alegaron. De esta disposición se infiere la necesidad del sigilo, que si debía guardarse en los expedientes de disenso también en estos que tienen una grande semejanza.

Y si no, supongamos que un menor intenta casarse con una jóven y que por ausencia de los padres solicita permiso del juez; que este pide informes á una persona de timorata conciencia, la cual contesta que la jóven ha sido prostituta, que es de depravadas costumbre, etc. ¿Será justo que á este informe se le de publicidad, y que se esponga, caso de que se haga público á virtud de una apelación, á los odios de un amante obcecado y de una muger liviana? Como este caso podrian citarse otros. Nosotros aconsejariamos al juez que cerrase los informes bajo plica, caso de apelacion, para que el Tribunal Superior pudiese enterarse de su autenticidad, consignando su resultancia en el expediente, para que sobre ella pudiese versar la impugnacion del que apelase de la negativa: y aun aconsejariamos asimismo que el juez, para comprobar la certeza de los informes, practicase aquellas diligencias indispensables, v. gr., en el caso que hemos presentado, por ejemplo, la compulsas del padron, ó de la sentencia que hubiese recaído en alguna causa. Toda circunspeccion y cuidado parece poco en un asunto tan delicado.

Si se nos pregunta qué trámites deberian seguirse en la apelacion, diremos que en nuestro concepto deben ser los señalados para las que se interponen de providencia interlocutoria, porque no es conforme que en la segunda instancia de estos expedientes informativos se permita escribir y alegar.

Pero podrán presentarse documentos que destruyan los informes. La ley nada dice, pero si la defensa no ha de ser ilusoria, nos parece que no debería rechazarse su presentación. ¿No se busca la verdad? ¿No se desea el acierto? Pues entonces no se debe levantar un muro contra la luz.

La ley no se olvida de que la intervencion que se concede al juez en estos negocios es meramente subsidiaria; así es que la hace cesar antes y despues de concedida la licencia, si compare-

con las personas á quienes se halla encomendado por aquella este conocimiento. *Si antes de darse la licencia (1370) se presentaren el padre, madre ó curador del que la haya pedido, se sobreseera inmediatamente en el expediente. Si despues (1371) de dada la licencia, pero antes de ejecutarse el matrimonio, se presentaren (tambien) el padre, madre ó curador, el juez la anulará y la recogerá para que no produzca ningun efecto.*

Todavía pasa mas adelante la ley disponiendo (art. 1372) que lo prevenido en los artículos anteriores tendrá asi mismo lugar, si antes de darse la licencia, ó despues de dada, con tal que sea antes de la celebracion del matrimonio, se supiere del paradero del padre, madre ó curador.

Estas disposiciones son un tributo que se rinde á la autoridad paterna y á la de los curadores que la reemplaza; es un testimonio elocuente de que el legislador á toda costa desca que entiendan en los negocios interiores de la familia los que por vínculos tan estrechos tienen un derecho especial á conocer de aquellos.

CAPITULO V.

De los actos de jurisdiccion voluntaria con respecto á los bienes.

En estos comprendimos, tomo I, pág. 6.

El deslinde y amojonamiento.

Las subastas voluntarias.

La venta de bienes de menores é incapacitados, y transaccior. de sus derechos.

Continuando el método que nos prescribimos, trataremos desde luego

§ 1. *Del deslinde y amojonamiento.*

En esta materia, mas que en ninguna, es preciso principiar definiendo con exactitud las palabras, porque solo despues de una exacta definicion podrá conocerse el contenido y estension de las prescripciones de la ley.

El deslinde es el acto de señalar y distinguir los términos ó límites de alguna heredad, lugar ó provincia. Así lo define Eseriche, pero mucho mejor la *Enciclopedia Española*, diciendo que es el acto de fijar y determinar la pertenencia legítima de cada una de las heredades contiguas, examinando para ello los títulos de propiedad y las demás pruebas que los interesados suministran á fin de hacer conocer sus respectivos derechos.

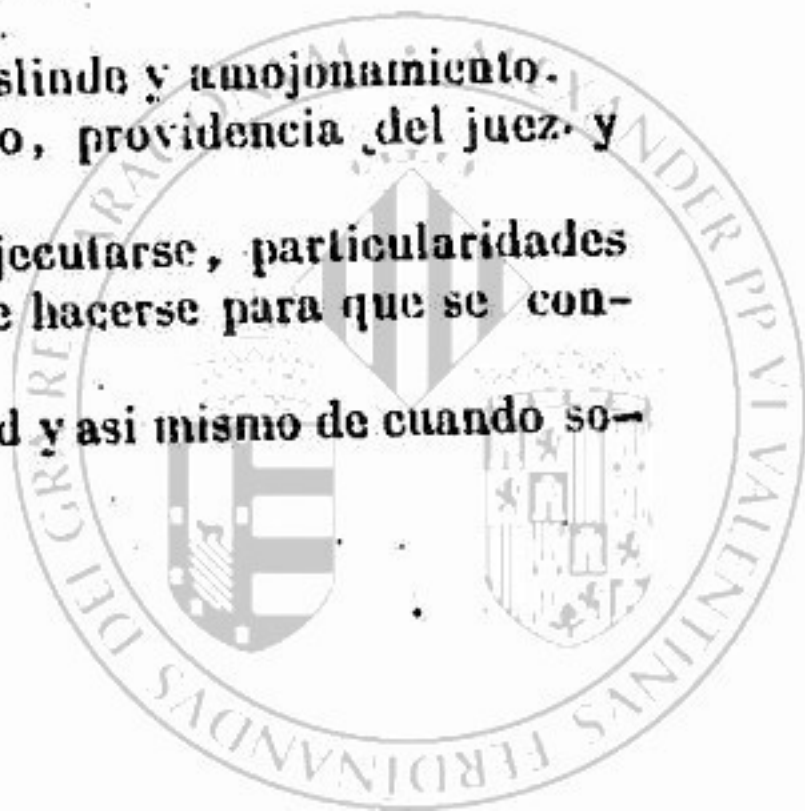
El *apeo* es la operación material de medir las tierras ya deslindadas y adjudicadas.

El *amojonamiento* es el acto de colocar mojones, ó sea los límites de una heredad ó muchas, según Eseriche; y según los autores de la *Enciclopedia Española*, significa la fijación de los mojones que se colocan en los puntos designados para hacer constar la línea divisoria de las propiedades, según el resultado del deslinde practicado de antemano.

La ley presupone estos conocimientos en los que la lean, y por eso omite dar definiciones y explicar quiénes son los que tienen derecho á solicitar el deslinde y amojonamiento. Sin embargo, nosotros hemos creído del caso definir palabras que se tienen por sinónimas y no lo son, y nos limitaremos á decir que este procedimiento se deriva del que se conocía con el nombre de *finjum regundorum*, que era una acción mixta de personal y real, y que pueden promover el apeo y deslinde, no solo los propietarios convecinos, sino el que tenga un derecho real, como el usufructuario, el usuario, el enfiteuta, el señor directo y el marido en las heredades pertenecientes á su consorte.

Prévias estas ideas generales y entrando en el exámen de la ley, trataremos:

- 1.º Del juez competente para el deslinde y amojonamiento.
- 2.º De la solicitud para verificarlo, providencia del juez, y sus consecuencias.
- 3.º De la manera con que deben ejecutarse, particularidades que pueden ocurrir, y de lo que debe hacerse para que se conserve este acto.
- 4.º De cuando hubiese conformidad y así mismo de cuando sobreviniese oposición.



1.º—Del juez competente para el deslinde.

Al hablar de la competencia, ya dijimos que *el juez competente segun el art. 1523, para conocer de las diligencias que tengan por objeto el deslinde y amojonamiento de cualquiera terrenos, es el del partido en cuyo término se hallen situados. Y con razon, porque ningun juez es mas propio que conozca de esta diligencia que áquel que tiene jurisdiccion sobre el terreno en que debe practicarse.*

2.º—De la solicitud para verificarlo, providencia del juez y sus consecuencias.

Es claro que el deslinde y amojonamiento no pueden concederse sino á peticion de parte, que deberá hacerse en escrito en el que se mencione la heredad, cuyos limites se pretendan fijar y las colindantes, siendo muy conforme que se designen sus propietarios á fin de que pueda hacerse la citacion. *Deducida la pretension, se señalarán dia y hora para el deslinde (1524) citándose á fin de que concurren á él todos los dueños de los terrenos colindantes* Todos ellos se hallan interesados en tener conocimiento de un acto que puede acarrearles perjuicio, porque perjuicio y muy grave puede resultarles de que se reduzca la cabida de sus heredades.

Pero si alguno ó algunos de ellos no fueren conocidos (1525), se les citará por edictos, que se fijarán en los sitios públicos, en los cuales se espresarán el dia y hora señalados para la diligencia. Aunque el artículo no dice que estos edictos deben ponerse en la *Gaceta*, muy justo seria hacerlo, porque de otra suerte ¿qué género de publicidad es poner esos anuncios en parages por donde no es probable que transite el interesado? Si el objeto de la ley es hacer un llamamiento real y efectivo, no debe omitirse el verdadero medio de obtener la publicidad.

Esto nos parece tanto mas conforme cuanto que en el artículo 1526 se dispone, que tanto una como otra citacion (la personal y la que se practique por edictos), se harán con la anticipacion necesaria, para que puedan concurrir los interesados el dia que

se señalar. Es consiguiente que el señalamiento del día y hora se hará teniendo en cuenta el tiempo que debe tardarse en verificar las citaciones, atendido el que generalmente se consume en estas diligencias, de lo que se deduce: 1.º, que consideramos de necesidad que en la petición se espese el lugar en que residen las personas que han de ser citadas: 2.º, que el juez no pase á practicar la diligencia de deslinde sin que se hayan reproducido los exhortos ó despachos que deben enterarle de que las citaciones se han hecho.

3.º—*La manera con que deben ejecutarse, particularidades que pueden ocurrir, y de lo que debe hacerse para que se conserve este acto.*

Constándole al juez de la citación, podrá pasarse á la ejecución de la diligencia que podrá autorizarla el juez con su presencia (1527) ó cometerse al juez de paz del pueblo en cuyo término se halle situado el terreno que se trate de deslindar: la autorizará siempre un escribano.

Siendo estas diligencias ocasionadas á disputas, y necesitándose á las veces de todo el vigor de la autoridad para evitar contestaciones, reprimir los arranques de los interesados y templar su calor, aconsejaríamos á los jueces de partido que las practicasen por sí mismos y no diesen comision sin grave fundamento, ó en caso de imposibilidad.

Ora sea por el juez de partido, ora por el de paz, llegado el día que se hubiere señalado (1528), se procederá al deslinde y amojonamiento en su caso, con asistencia de los dueños de los terrenos colindantes que se presentaren.

Continúa la ley especificando cuánto puede hacerse en este caso, diciendo (1529) que tanto el que hubiere solicitado el deslinde, como los demás concurrentes á la diligencia, podrán producir en ella los títulos de sus fincas y hacer las reclamaciones que estimen procedentes por sí ó por medio de apoderado, que nombren al efecto. Y todavía añade para complemento de sus esplicaciones, que también podrán concurrir á la misma diligencia, si uno ó mas de los interesados lo solicitaren, peritos de su nombramiento ó ele-

gidos por el juez, que conozcan el terreno y puedan dar las noticias necesarias para su deslinde.

Vemos, pues, que el acto del deslinde es á manera de un juicio público celebrado sobre el terreno, en el que se pueden producir todos los documentos que digan relacion al señalamiento de los lindes, y que demuestrén el punto por el cual deba correr la línea divisoria. Señalada esta, se fijarán las señales donde deban colocarse los mojones, acostumbrándose á ponerlos por de pronto con estacas ó piedras, reservando para despues su colocacion de una manera estable.

§.º— *De cuando hubiese conformidad, y asi mismo de cuando sobreviniere oposicion.*

Muchas veces acontece que presentándose el juez en el terreno (y por eso es tan necesario un juez ilustrado en estas diligencias) y compareciendo tambien las partes se disuelven las dificultades, se verifican cesiones y arreglos que evitan todo género de litigio. *Si hubiere conformidad en la diligencia, se estenderá el acta expresiva de lo que se haya hecho, que suscribirán todos los concurrentes. (1350.) El acta que se estienda se protocolizará precisamente, mandando que se den á los interesados las copias que solicitaren. (1351.) La protocolizacion de que habla el artículo anterior se hará siempre en la escribania del pueblo en cuyo término se hallare situado el terreno que haya sido objeto de la diligencia de deslinde. Si hubiere mas de uno, en la que el juez designare. No habiéndolo, en la de la cabeza del partido judicial que el mismo juez determine.*

Estas disposiciones no ofrecen ninguna dificultad, y son sumamente conformes á razon. Una diligencia de deslinde en la que las partes están de acuerdo, es un hecho que conviene consignar para que no se borre de la memoria: es mas que un contrato, es un reconocimiento recíproco de una verdad, de antecedentes sobre los cuales estriban derechos que tienen las partes sobre los terrenos que respectivamente colindan. Si, pues, á virtud del deslinde se ha llegado á esta situacion feliz, á este desenlace que pocas veces por desgracia se consigue, muy conforme es que se estampase con solemnidad para que no se borre de la memoria.

Pero si no hubiere conformidad, ¿deberá estenderse acta? Examinados los artículos que acabamos de transcribir, parece que esta pregunta debería contestarse negativamente, pero la razón nos dicta que cuando se practica un deslinde pueden las partes convenir en ciertos puntos y discordar en otros y que por lo poco no debe impedirse lo mucho: de consiguiente si en dos ó tres confrontaciones discrepan los interesados; ¿por qué no se ha de hacer constar las demás en qué están de acuerdo? Opinamos, pues, que siempre deberá estenderse acta de la diligencia, ora contenga una conformidad absoluta, ora precisamente se consiga sobre determinados estremos.

La ley establece como un derecho que pueda hacerse oposicion al deslinde antes ó en el acto de ejecutarse. *Si antes de practicarse la diligencia de deslinde, se hiciere oposicion á ella por el dueño de algun terreno colindante, se sobreseerá desde luego en el expediente, reservando á las partes su derecho para que lo ejecuten en juicio ordinario (1533). Lo mismo sucederá en el caso de hacerse la oposicion en el acto de la diligencia, si sobre el punto en que consista no ha podido lograrse avenencia (1534).*

¿Y en qué se fundan estas disposiciones? ¿Qué razón hay para que cuando una parte se interesa en que se practique un deslinde y amojonamiento, otra se oponga y frustre el acto? Para resolver estas objeciones es preciso no olvidar la naturaleza de la diligencia de deslinde y amojonamiento, tal cual la establece la ley. Es un acto de jurisdiccion voluntaria, en que se supone que no ha de haber controversia: tiende únicamente á la consignacion de hechos que se suponen constantes, indudables, y acerca de los cuales reina un completo acuerdo. Cuando este no puede conseguirse y uno de los interesados lo manifiesta con anticipacion, ó cuando en el acto de ejecutarse el deslinde el desacuerdo se verifica, es imposible que, ó principie ó continúe una diligencia que no puede terminarse amigablemente, y que debe ser precedida de un pleito en que se declare acerca del dominio del terreno. Por eso es muy de observar que en este título no se habla una palabra siquiera acerca de las providencias que dicte el juez en el acto de la visura ni de los recursos que contra ellas se concedan, cuyo silencio procede sin duda, de que la ley no permite que el juez haga declaracion alguna ni en pro ni en daño de ninguna de las partes, constituyén-

dose en la clase de un mero espectador. Sin embargo, si estralimiándose dictase alguna providencia perjudicial, el remedio de la apelacion correspondería, segun la regla 10 del art. 1208.

El deslinde y amojonamiento no es ahora un juicio como lo era antes, en que el juez fallaba sobre el mismo terreno, constituyendo, por decirlo así, un tribunal ambulante: es meramente una diligencia dirigida á consignar solemnemente y con intervencion de la autoridad judicial los lindes de las heredades. El juez no es llamado á decidir, sino á poner el sello de su autoridad sobre ciertos hechos y actuaciones. Asi lo entendemos, visto el tenor de la ley: si nos equivocamos, consistirá en la cortedad de nuestro ingenio, y tambien en el laconismo del legislador sobre la materia.

§ II. De las subastas voluntarias.

Muy conforme nos parece que la ley haya arreglado y sujetado á un sistema las subastas voluntarias que se han principiado á usar con alguna mas frecuencia que antes, desde que la propiedad ha adquirido bastante estima en este pais. Este es el medio asi mismo de que el que vende saque mas partido de sus fincas y muebles y se eviten colusiones y engaños.

La ley, que se propone el bien general y que atiende no solo al vendedor sino tambien al comprador, á fin de que no se sorprenda su buena fé, ha establecido reglas muy dignas de tenerse en consideracion. Con ellas se procura que el vendedor saque el mejor partido, y al mismo tiempo que el comprador no sea engañado á la sombra de una publicidad que puede ser un estímulo para comprar, y un señuelo para que se vaya á comprar con confianza. Interviniendo la autoridad judicial es preciso que se adopten medidas de precaucion para que su dignidad no quede ajada ni comprometida.

El art. 1574 dispone que *para anunciar cualquiera subasta judicial deberá acreditarse por el que la solicita: 1.º, que le pertenece lo que sea objeto de ella; porque sin esta justificacion no es posible que el juez autorice la venta de una cosa que quizás no sea del dominio del que la venda. Si tal acaciese esto tornaria en mengua del juzgador, aplicando á este caso las palabras que con otro motivo escribió el sábio legislador de las Partidas. Pero tam-*

bien es necesario justificar otro extremo, ó sea: 2.º, que se halla en la libre administracion de sus bienes. La razon es bien palmaria. Solo puede vender licitamente el que goza de la libre administracion; el que es menor, el que sufre una interdiccion aunque sea dueño, no puede vender; y si vendiese seria con una notoria nulidad.

Acreditados los extremos indicados en el articulo anterior, el juez accederá (ó lo que es lo mismo, no puede negarse á conceder la peticion) al anuncio de la subasta en la forma y bajo las condiciones que propusiere el que la haya solicitado (1575). En este caso, para las condiciones no rige la ley: la voluntad sola del que comparece es el que la dá para fijar los pactos con que se verifica la enagenacion.

Si no hubiere postor (1576) en el primer remate, podrá anunciarse nueva subasta, porque condescendiendo el juez en que se venda por este medio, no debe tener inconveniente en que se practique nueva subasta si el interesado la pidiere; pero entonces ya no es tan libre el que la solicita, porque deberá concretar de tal modo las condiciones, que estas produzcan un resultado efectivo. Dice, pues, que la segunda subasta podrá anunciarse, pero con prevencion de que en el segundo remate se admitirán las posturas que lleguen al limite que deberá previamente fijar el que aspirare á la venta. En este segundo remate (1577) será obligatorio admitir las posturas que se hayan hecho dentro del limite fijado.

Infiérese del contenido de estos articulos, cotejados con el 1536, que si en la primera subasta hay una extraordinaria libertad, tomándose tiempo el vendedor para resolver sobre el precio que ofrezcan el licitador ó licitadores, y no señalando alguno que deba servir de tipo, en la segunda es preciso designar la cantidad por la que se dará la cosa, no siendo lícito mas que por una vez usar de esa vaguedad é incertidumbre. No parecia decoroso que un juez perdiese tanto tiempo para el éxito de una operacion que conducida en esta forma podria muy bien calificarse de una especulacion.

Si en este segundo remate (1578), no hubiere postor, el interesado quedará en libertad para hacer lo mas conveniente; sin que pueda accederse á tercera subasta. La manera con que se halla redactado este articulo, ofrece cierto género de contradiccion, ó á lo menos de oscuridad. Seguramente, ¿qué quiere decir

que hará lo que crea mas conveniente pero sin permitirsele tercera subasta? ¿Qué ha de hacer ya si no se le concede subastar sus bienes? Lo único que puede hacer es procurar venderlos por otro medio. Esto es lo que á nuestro juicio trata de demostrar el artículo, que nos parece hubiera explicado mejor el pensamiento diciendo, no habiendo postor en este segundo remate no podrá accederse á tercera subasta, y el que promovió la venta judicial podrá procurarla por otros medios.

Como estas operaciones y diligencias pueden dar lugar á contiendas y disputas, era muy del caso que el legislador señalase el medio de terminarlas, como lo hace, estableciendo en el artículo 1579 que *cualesquiera cuestiones que, ya entre el que haya promovido la subasta y los postores, ya entre el mismo y terceros interesados, ya entre los postores se susciten, se sustanciarán en la forma que corresponda, con arreglo á las prescripciones de esta ley, y segun su indole y naturaleza.*

La ley deja en duda si estas controversias deberán ventilarse en juicio ordinario, ó con la tramitacion de un incidente. Nosotros creemos que segun la naturaleza de la cuestion asi deberá ser el procedimiento, adoptándolo mas breve ó mas ámplio el juez, segun la entidad é importancia de la cuestion.

§ III. *De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transaccion sobre sus derechos.*

Dos puntos ofrece este titulo en que naturalmente puede dividirse la materia: la venta de sus bienes: la transaccion de sus derechos, que equivale á una verdadera enagenacion. Principiaremos por la venta, y con arreglo á nuestro sistema dividiremos la materia en los siguientes puntos:

- 1.º Qué bienes no podrán venderse sin licencia judicial.
- 2.º Requisitos necesarios para otorgarla y condiciones con que debe otorgarse.
- 3.º Forma de la venta.
- 4.º Disposiciones relativas al precio que produjere.
- 5.º Circunstancias que se exigen para aprobar una transaccion y manera de concederla.
- 6.º Observacion sobre las permutas.

1.º — *Qué bienes no podrán venderse sin licencia judicial.*

La nueva ley en el art. 1401, no hace mas que consignar en general solemnemente un principio ya conocido, y es el de que *será necesaria la licencia judicial para la venta de bienes de menores é incapacitados que correspondan á las clases siguientes:*

- 1.º *Bienes raices.*
- 2.º *Derechos de toda clase.*
- 3.º *Alhajas de plata, oro y piedras preciosas.*
- 4.º *Bienes inmuebles y los muebles que puedan conservarse sin menoscabo.*

Pero al paso que este artículo reproduce los axiomas antiguos, no puede menos de reconocerse que aun estiende la prohibicion de la venta, pues ordena que no se ejecute la de los muebles que puedan conservarse sin menoscabo. Esta es una idea que no aparece por primera vez en esta parte de la ley; es una clasificacion nueva, pero que ya se encuentra establecida en los juicios de concurso y ab-intestato. Véase las págs. 151 y 171 de este tomo, art. 556 y 597.

2.º — *Requisitos necesarios para concederla y condiciones con que debe otorgarse.*

Los especifica el art. 1402, determinando que para decretarla se necesita:

1.º *Que la pida por escrito el tutor del menor, (porque el menor de catorce años no tiene otro órgano ni otra representacion que su tutor) ó el mismo menor de veinte y cinco años y mayor de catorce, asistido de su curador. Una peticion de esta naturaleza no podia confiarse á una mera relacion, se exige escrito aunque no firma de letrado (19) ni de procurador (15).*

2.º *Que se espese el motivo de la enagenacion, (porque sin motivo, y fundado á juicio del juez, no debe concederse), y el objeto á que debe explicarse la suma que se obtenga. El juez (medida tercera 1272), tiene que vigilar el cumplimiento y por eso es necesario que se espese el destino en el pedimento.*

3.º *Que se justifiquen la necesidad ó utilidad de la enagena-*

cion ; porque sin necesidad ó utilidad la enagenacion no procede, ni el juez debe concederla. El artículo no dice el número de testigos que deben presentarse, pero opinamos que tres á lo menos, cuando estos se exigen en el interdicto de recobrar (art. 725).

4.º *Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, y en su defecto al promotor fiscal del juzgado*: precaucion sumamente útil para garantizar mas el acierto, evitar colusiones y condescendencias, y estender á mayor número de personas la responsabilidad.

Dada la informacion y evacuada la audiencia del curador ó promotor en su caso, el juez traerá los autos á la vista y otorgará ó denegará la autorizacion para la venta (1403): advirtiéndole el 1404 que la providencia que sobre la autorizacion se dictare, es apelable en ambos efectos, pues de poco serviría que se apelase por el curador ó promotor en su caso, si entre tanto se vendiesen los bienes. La negativa tampoco puede ser una ejecutoria.

5.º — *Forma de la venta.*

Como medio de impedir se causen perjuicios á los menores y de evitar dudas y pretextos para hacer enagenaciones desventajosas, previene el art. 1405 que *la autorizacion se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta y previo avalúo si se tratase de bienes inmuebles; pero si se tratase de muebles, creemos que debe hacerse tambien una tasacion, pues ciertas prendas, alhajas y muebles no pueden venderse á la ventura, sin saber lo que se vende y lo que valen. Aun por eso previene el art. 1408 que si se tratare de bienes que no sean inmuebles, deberá ejecutarse la venta de ellos con las solemnidades posibles y que sean de costumbre en la localidad en que haya de verificarse. En Zaragoza, los muebles los tasa el corredor, y los demás efectos, segun su clase, peritos inteligentes.*

Otra garantía tambien de los menores es que *el nombramiento de peritos (1406) para el avalúo, se hará siempre por el juez: y aunque el artículo parece que habla solo de los sitios, nuestra opinion es que debe aplicarse á los muebles, de manera que deberá nombrar plateros y diamantistas para la tasacion de las joyas, alhajas, etc.*

Como siempre que una cosa se saca á pública subasta se baja la tercera parte, ó mas bien es admisible la manda por las dos terceras partes del precio y un tanto mas, (á pesar de que esta regla es únicamente aplicable á los bienes que se venden para pagar una deuda), ha hecho muy bien el legislador en advertir en el mismo artículo, que *en el remate no podrá hacerse baja ninguna del valor que los peritos hayan dado á lo que se trate de vender (1406). Pero si no hubiere postor en la primera subasta, podrá verificarse nuevo avalúo, y abrirse segundo remate. Lo mismo se hará si en esta segunda subasta ó cualesquiera otras que puedan hacerse, no se presentaren tampoco licitadores.*

4.º — *Disposiciones relativas al precio que produjere.*

Hecha la venta (1409), cuidará el juez, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para ella.

Pero no se contenta la ley con esta precaucion, sino que con el fin de evitar ulteriores trastornos y pérdidas dispone en el artículo 1410, que *el precio se entregará, mientras se le da la aplicacion correspondiente, al tutor ó curador, si estuvieren relevados de fianza, ó si las que tengan prestadas son suficientes para responder de él. En otro caso se depositarán en el establecimiento público, en que deban constituirse los depósitos judiciales.*

Pero, ¿cómo es, se dira, que habiendo sido suficientes las fianzas para responder de los bienes, no lo sean para responder del precio? Pueden influir, contestaremos, en esta novedad dos causas: 1.ª, haber desmerecido de valor los bienes. Puede acontecer que un rio se haya llevado una heredad ó deteriorádola; que se haya hundido ó incendiado una casa ó que haya ocurrido otra desgracia semejante, á virtud de cuyas desgracias y accidentes haya menguado el valor de los bienes hipotecados: 2.ª, haberse sacado mas precio de la linea vendida que el que naturalmente tenia antes, ó bien por que se haya aumentado su valor por un acontecimiento favorable como v. gr., por pasar á sus inmediaciones una carretera nuevamente construida.

5.º.—*Circunstancias que se exigen para aprobar una transaccion y manera de conceder la autorizacion.*

Para conceder autorizacion á fin de transigir sobre derecho de menores ó incapacitados, (dice el artículo 1411), se necesitan los mismos requisitos establecidos en el artículo 1402: esto es, pedirla por escrito con espresion del motivo de la enagenacion, objeto á que se destina la suma, justificacion de necesidad ó utilidad, audiencia del curador á pleitos, etc.

Para la justificacion de la necesidad ó utilidad de la transaccion (1412) deberá oirse á lo menos la opinion de tres letrados en ejercicio de su profesion, á los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen con el debido conocimiento: pero de aqui no se infiere que no deban practicarse justificaciones, sino que para su complemento se oirá á los letrados.

Estimando el juez (1413) bastantemente acreditadas la necesidad ó utilidad de la transaccion, otorgará la autorizacion para hacerla, facilitando al tutor ó curador testimonio de su providencia para acreditarla debidamente. Si no estimare suficiente la justificacion hecha, podrá denegarla. No dice si el juez podrá dictar auto para mejor proveer, pero nosotros creemos que le será lícito adoptar un medio establecido para aclarar la verdad, que en ningun asunto debe buscarse con mas esmero que en aquel en que interesan menores.

La providencia que dictare, es en todo caso (ora conceda, ora niegue la autorizacion), apelable libremente y en ambos efectos (1404).

La instancia de apelacion opinamos que deberá actuarse como la que tiene por objeto la reforma de una sentencia interlocutoria, porque debiendo considerarse estas diligencias en la categoría de un juicio sumario, no debe darse mayor amplitud á la segunda instancia.

6.º.—*Observacion sobre las permutas.*

Advertimos que el legislador no ha hecho mencion de la permuta. La ley no prohíbe sino vender y transigir podrán el tutor

ó curador por sí y ante sí permutar? ¿ó no hablando la ley de la permuta, aunque el tutor la pida y justifique su utilidad y necesidad, podrá negar que la haya? Nosotros entendemos: 1.º, que el tutor y curador necesitan permiso judicial para la permuta y la justificación de las mismas circunstancias que se exigen para la venta: 2.º, que el juez no debe negar este permiso cuando existan fundamentos razonables: 3.º, que la omisión que se ha padecido en la nueva ley no debe ser un motivo para que quede desatendida la conveniencia de los menores, pues á veces les interesa sobremanera una permuta; y sobre todo, que si con permiso judicial puede venderse, con el mismo podrá permutarse, que es menos que vender.

CAPITULO VI.

De los actos de jurisdiccion voluntaria concernientes á documentos.

En esta calificación comprendimos el modo de elevar á escritura el testamento hecho de palabra y la apertura de testamentos cerrados, únicos puntos de que trata la ley.

§ 1.—*Del modo de elevar á escritura el testamento hecho de palabra.*

Para el completo análisis de esta materia, conviene saber:

1.º Qué testamentos son los que otorgados privadamente, pueden elevarse á escritura pública.

2.º Quién puede promover la adveración. (1)

3.º Qué diligencias es preciso practicar al efecto.

4.º Providencia que debe dictar el juez, y sus efectos.

La primera distinción que se hace de los testamentos es en

(1) Usamos de esta palabra ya porque se halla en el Diccionario de la lengua y se deriva del verbo adverter, ya tambien porque nos parece adaptable al caso actual, y preferible á un circunloquio, y finalmente porque aunque se supusiese provincial, no seria irregular admitirla cuando se adoptan tantas palabras francesas.

nuncupativos ó abiertos y en escritos ó cerrados, y no porque el nuncupativo no pueda ser escrito, sino porque la manifestacion de la voluntad del testador se hace primeramente de palabra.

El testamento nuncupativo si se otorga ante escribano, puede solemnizarse con tres testigos tan solo, vecinos del lugar en que el testamento se otorgue: si no asistiere escribano, bastarán cinco testigos del lugar, ó siete si no son vecinos: pero en estos dos últimos casos, seria indispensable proceder al exámen de los testigos, ó lo que es lo mismo, á la práctica de ciertas diligencias judiciales, por las que resulte la disposicion que hizo el testador. Esto es lo que se llama en Castilla, elevar á escritura el testamento hecho de palabra, y en Aragon, adveracion del testamento.

En Aragon no se conocia otra clase de testamento que el que se hacia ante notario, ora abierto, ora cerrado, y el que se otorgaba ante el párroco y dos testigos, que era verdaderamente un testamento canónico, pudiendo los enfermos del Hospital General de Zaragoza testar asimismo ante un capellan y dos testigos. El párroco ordinariamente tomaba una apuntacion de la disposicion que hacia el enfermo, pues únicamente se admitia este modo de testar, cuando no habia copia, esto es, oportunidad de notario, como decian nuestros autores, ó cuando habia una premura para disponer y no era dable buscarlo. El que está interesado en la adveracion, acude con dos testigos ante el alcalde, este va con ellos á la puerta de la iglesia: el alcalde, como juez ordinario, abierto el libro de los Evangelios manda que se lea á presencia de todos la cédula ó papel, y despues de jurar el párroco y testigos que es la verdadera disposicion del testador, y que este les rogó dieran testimonio de ella, el notario forma acta de todo, insertando en él la referida disposicion, y firmándolo todos los que se hallan presentes. Antiguamente se supuso que pasado un año no podia adverarse el testamento hecho ante el párroco: despues fué práctica constante adverarlo en cualquier tiempo, siempre que viviesen los testigos, pues faltando uno de ellos, ya no era dable verificar la adveracion.

El testamento verbal ó nuncupativo que hemos definido, segun a ley de Castilla, es el que podrá elevarse á escritura pública.

1.º—¿Quién puede promover la adveración?

El art. 1380 contesta á esta pregunta diciendo que á instancia de parte legítima, podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra: y se entiende (1381) ser parte legítima para los efectos del artículo anterior:

1.º El que tuviere interés en el testamento: el heredero, el legatario.

2.º El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador: v. gr., el albacea.

3.º El que con arreglo á las leyes, pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentran en los casos que se expresen en los párrafos anteriores: esto es, el padre, tutor ó curador de los que tengan interés.

2.º—Qué diligencias son necesarias para la adveración.

Siendo esta un reconocimiento solemne de una voluntad expresada privadamente, es claro que debe pedirse mediante escrito que sean examinados los que en el acto hayan intervenido. Por eso dice el art. 1382 que hecha la solicitud, se señalará día y hora para el exámen de los testigos y del escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento. Los testigos (1383) y el escribano (1) en su caso serán examinados separadamente, y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido. Así se halla prevenido con respecto á la prueba del juicio civil ordinario (art. 314): se ha repetido sin duda esta disposición, por que no se crea que, por ser la adveración un acto de jurisdicción voluntaria, debe quedar dispensado de prevención tan interesante.

(1) A primera vista chocará que se hable de escribano, siendo así que si hubiese intervenido debe suponerse que no ha debido haber necesidad de la adveración: pero sin duda se hace mención del escribano, teniendo en cuenta las cuestiones que suscitan los prácticos y que recopiló Escriche en la palabra *Testamento*. Estos casos son, 1.º: el de que intervengan dos testigos vecinos del lugar y un escribano; 2.º, el de que asistan cinco testigos no vecinos y el escribano, suponiendo los escritores que el escribano, en este último caso, equivale á dos testigos. Los autores de la ley no han querido prejuzgar sin duda estas cuestiones, y por eso este artículo y otros se han redactado en los términos indicados.

Oro tanto podremos decir de lo dispuesto en el art. 1584 que establece que *el escribano ante quien se practicaren estas actuaciones, dará precisamente fe de conocer á los testigos. En los casos en que no los conozca, exigirá la presentacion de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en este caso. Y tambien (1585) deberá acreditarse, si no constase por notoriedad, la calidad del escribano del otorgamiento, en los casos en que hubiere concurrido. Y finalmente (1586), cuidará el juez, bajo su responsabilidad, de que se espese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren la vecindad al otorgarse el testamento.*

5.º—*Providencia que debe dictar el juez.*

Este es uno de los actos de jurisdiccion voluntaria en que, como decia Vinio, es necesario conocimiento de causa, toda vez que el juez no puede acceder á la protocolizacion sin que medien ciertas condiciones, y sin la concurrencia de ciertas circunstancias. Asi se deduce del art. 1587, que previene que *el juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribania pública, que designará al efecto: resultando de las declaraciones espresa y terminantemente lo que sigue:*

1.º *El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion. No bastará que algunos testigos depongan que oyeron á uno decir que queria dejar sus bienes á fulano ó mengano, en esta ó la otra ocasion, sino que se lo hayan oido cuando se propuso disponer formalmente y otorgar su testamento. En mi larga práctica de fiscal de la auditoria de Aragon, he repelido la adveracion de disposiciones que pretendian fundarse en haber oido los testigos, una que otra vez al supuesto testador, su designio sobre el destino de sus bienes. Es preciso que el testador advierta que va á disponer y á ejecutar un acto de tan graves consecuencias como un testamento.*

Debe resultar asimismo: 2.º, *la institucion de heredero ó el destino que el mismo (testador) diere á todos sus bienes ó parte de*

ellos: porque si no abrazase estas disposiciones la del que testa, no seria testamento.

3.º *Que los testigos y el escribano en su caso, han oido de boca del testador, y en un solo acto, su disposicion. No se permite, pues, calificar de testamento, sino lo que el testador haya dicho con formalidad, espresando lo que dispone acerca de sus bienes, y que esto lo haga en un solo acto, pues una disposicion testamentaria no puede componerse de retazos.*

Por último, se requiere que resulte: 4.º, *que los testigos son los que exige la ley, y reúnen las cualidades que la misma establece: porque testigos inhábiles, aunque se ratificasen, no podrian de ningun modo producir prueba ni constituir un acto valedero.*

La ley descende á manifestar el punto en donde deberá fijarse la *protocolizacion* diciendo (1588) *que será preferida para la de todo testamento hecho de palabra y que se eleve á escritura pública, la escribanía del lugar, en que tuviere su domicilio el testador: porque es muy conforme que en él radiquen los actos relativos á su persona, y porque esta disposicion guarda armonía con la del art. 410 y otros. Pero si en el lugar hubiere varias escribanías, se hará en la que designe el juez. Por último, advierte el art. 1589, que no habiendo escribano público en el lugar del domicilio del testador, tendrá lugar la protocolizacion en la escribanía de la cabeza del partido que el juez determinare. El juez debe en esta materia tener una libre disposicion, encargando este depósito al escribano que considerase mas apto y cuidadoso.*

§ II. — *De la apertura de los testamentos cerrados.*

En Castilla y en Aragon se puede otorgar testamento cerrado. Interesa á las veces al hombre ocultar su última voluntad para vivir tranquilo y eximirse de sugerencias.

En Aragon el testamento cerrado se otorga ante notario y dos testigos que firman en la cubierta, otorgándose en la plica que se cose y en que cierra el testamento, que entrega el testador, acto público de entrega. El notario guarda en su poder el testamento y tiene que devolvérselo al testador siempre que se lo pidiere.

En Castilla el testamento cerrado se otorga ante siete testigos

y escribano que deben firmar en la cubierta. Puede conservarlo el mismo interesado, el notario ó cualquiera otra persona.

Los testamentos cerrados necesitan para su complemento que se haga su publicacion con ciertas formalidades, á fin de que en el tránsito del silencio y del misterio á la publicidad no se adultere la voluntad del difunto, no se suplante y no se cometa alguna falsía. Toda precaucion era poca tratándose de la obra de un hombre que ya no existe, que no puede vigilar ni estar á la vista. La ley, á virtud de tan poderosas consideraciones, ha redoblado su celo y ha prescrito lo que en tales casos debe hacerse. De esto trata el tít. 12 de la segunda parte. He aqui sus disposiciones que podremos dividir en dos grupos:

- 1.º Disposiciones anteriores á la apertura.
- 2.º Disposiciones relativas á la misma y posteriores.
- 5.º Observaciones acerca de una duda, etc.

1.º — *Disposiciones anteriores á la apertura.*

Luego que (dice el art. 1590) se presentare ante cualquier juez un testamento cerrado, hará que se estienda por el escribano diligencia espresiva de su estado, firmándola la persona que haya hecho la presentacion. Es indispensable que asi se verifique: 1.º, para evitar que el que presente el testamento suplante la voluntad del difunto: 2.º, para que el escribano ante quien se practican estas diligencias no pueda ejecutar una sustitucion de papeles, ó la haga alguno abusando de su confianza. Con el fin de evitar estos recelos ó inconvenientes previene el art. 1591 que en dicha diligencia se espresará cómo se han encontrado su cubierta y sus sellos, y las demás circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego que lo contenga y se haya presentado. Y todavía con el designio de que no pueda concebirse la mas mínima sospecha en los funcionarios públicos, y no pueda ni aun suponerse que en el retardo de la apertura tengan alguna mira, ordena el art. 1592 que hecho lo que queda prevenido (esto es, la reseña minuciosa del estado de la plica), dispondrá (el juez) que se cite para el dia siguiente, ó antes si es posible, al escribano y testigos que firmen en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego. Esta prontitud tan recomendada en el artículo, ya hemos visto que tiene un objeto: pero como puede aconte-

cer que la muerte haya arrebatado á alguno de los que debian ser citados para que solemnizasen el acto, dispone el art. 1393 que *si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, serán abonados, examinándose dos testigos que conozcan las firmas de ellos y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas. Y si (1394) el escribano hubiere fallecido ó se hallare ausente, será tambien abonado de la manera prevenida en el artículo anterior. El juez y escribano cotejarán su signo con otros del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse.*

Hasta aqui se ha hablado del caso de muerte ó ausencia del escribano, ó de todos ó parte de los testigos: pero si ninguna de estas, ó algunas tan solo se hallasen en este caso, será necesario proceder á su exámen, y la ley estremadamente minuciosa establece cómo debe practicarse en el art. 1395, estampando varias reglas que vamos á trascribir. *Tanto el escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas, espresando bajo juramento si son de su puño y letra.*

Tambien espresarán con igual solemnidad si vieron poner las firmas de los que hayan fallecido ó estén ausentes, y las tienen por legítimas.

Poniéndose el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, espresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallara cuando firmaron su carpeta.

2.º — Disposiciones relativas á la apertura, y posteriores.

Hecho todo lo que queda prevenido (dice el art. 1396), se abrirá el pliego por el juez ante los escribanos (en el caso de que no este ausente ni haya muerto el que testificó el acto, habrá dos, uno este, y otro el que actúe en las diligencias de apertura) y testigos, y la persona que lo hubiere presentado, leyéndose el testamento que contenga en presencia de todos ellos.

Pero ¿y si el escribano, testificante y testigos que intervinieron en el acto no reconociesen sus firmas, ó manifestasen que el testamento no se halla en el estado que se hallaba cuando su otorgamiento; que se ha lacerado el pliego, que existen señales inequívocas de suplantacion, mandará sin embargo el juez la apertu-

ra, ó deberá suspenderla? Nosotros no hallamos nada resuelto en la ley: sin embargo, nos parece que en un caso de esta naturaleza, aunque la apertura se ordenase, no debería acordarse la protocolización, porque lo que dispone el art. 1397 únicamente puede tener lugar cuando el reconocimiento de las firmas se ha hecho y no hay señales de suplantación.

Entonces si que verificada la lectura, se dictará providencia, mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo haya presentado testimonio de la espresada providencia para su resguardo (1397.)

Después de la apertura de los testamentos cerrados era muy conforme que tratase la ley de las memorias, que como las definen los prácticos, son unos escritos ó papeles simples á que se remite el testador como parte de su testamento. Ordinariamente en este se espresa la persona en cuyo poder se halla depositada ó el lugar en que se encontrará. *Si hubiere memoria testamentaria (1398), se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado, ó en poder de quién haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer. Hallándose en la memoria (1399) las señales referidas en el artículo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento.*

Por último, concluye la ley advirtiendo (1400), que *la protocolización de los testamentos cerrados y memorias, se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado el otorgamiento de los primeros, siempre que sea posible: porque deben reputarse los dos actos como dependientes entre sí, como partes de un todo, como un antecedente y un consiguiente: como una misma escritura aunque dividida en dos tiempos. Caso de no serlo (posible) por cualquiera causa, se protocolizará en la escribanía que designe el juez del lugar del domicilio del testador: por la razón de que allí regularmente se abrirá su testamentaria.*

3.º—Observaciones acerca de una duda que puede ofrecerse.

Quizás algunos á pretexto de que en la ley se habla del modo de reducir á escrito el testamento nuncupativo, y de que se es-

presan así mismo las formalidades que deben observarse en la apertura de los testamentos cerrados, pretendan que se halla abolida la forma de testificar los testamentos en Aragon. Nosotros creemos que semejante opinion, si hubiese alguno que la avanzase, seria de todo punto infundada. La nueva ley se limita á establecer procedimientos para aquellos casos en que no los hay, y seguramente los aragoneses los tienen para los testamentos, si como leyes de procedimiento se consideran estas disposiciones: pero nosotros las consideramos en superior esfera, las reputamos en la de leyes del derecho civil, que no pueden abolirse sino en virtud de una declaracion especial.

Era preciso que el legislador hubiese hecho una mencion expresa. Para privar á un reino antiguo de sus fueros, de su legislacion, se necesita algo mas que simples enunciativas y presunciones. Por otra parte, hablando con la franqueza que debe usar un escritor público, ¿es acaso preferible el sistema de testificar en Castilla los testamentos, al que se usa en Aragon? El párroco, que es una especie de notario por su probidad, por su inteligencia, por su carácter, ¿no vale mas con sus testigos y con su minuta que no esos testigos que vienen á declarar sobre lo que oyeron al testador? Una observacion haremos tambien, y es la de que la mudanza, en cuanto al modo de testificar los actos, está reservada para la ley del notariado, y mientras esta no se dicte, no cabe suponer inducida esta variacion. Las provincias seguirán gobernándose en cuanto al modo de testificar los actos por lo que disponen las leyes ó los fueros que las rigen.

Así lo entendemos y la duda no nos parece razonable: pero por si se promoviese, hemos querido anticiparnos á disiparla, ya que tenemos la desgracia de que cuando se dictan leyes no se piense sino en Castilla y no se tenga en cuenta la legislacion de un reino, que la tiene completa, estimable y llena de sabiduría.

Todavía nos duele y sentimos con una profunda pena, que al hablar del retracto la nueva ley, haya de una manera indirecta abolido los fueros aragoneses sobre *la saca*. A pesar de que encontrábamos sumamente fundadas las razones que daba el articulo y que copiamos á la pág. 204, aconsejamos la estricta observancia de la ley, porque conocíamos que por mas dignas de aprecio que fuesen, los jueces y tribunales no se atreverian á

contradecir una disposicion terminante; que su posicion seria sumamente comprometida, y sobre todo, que era preciso desengañar á las partes de que su derecho al retracto estaba espuesto á inutilizarse sino se deducia dentro de los nueve dias. Adoptamos, pues, la opinion que creimos mas segura para los litigantes; no la que consideráramos mas de acuerdo con el principio de que el derecho civil no puede abolirse en una ley de procedimientos.

Sin embargo, cualquiera conoce la diferencia que existe entre lo que se dispone con respecto á los retractos, y lo que se establece en cuanto á los testamentos. Con respecto á estos no existe un precepto tan claro y terminante. Pecaria, pues, en arbitrariedad en nuestro concepto el que supusiese una abolicion de disposiciones, que ni aun remotamente indica tener en cuenta el legislador.

CAPITULO VII.

De los actos de jurisdiccion voluntaria relativos á hechos.

A esta clase pertenecen las informaciones; la ley habla de dos: de las que se suministran para dispensa de ley, y de las que se hacen para perpétua memoria.

Informacion en el sentido jurídico, es una averiguacion ó prueba que se hace judicialmente: si se practica á prevención con el fin de que consten hechos cuya memoria podria con el tiempo borrarse, se llaman informaciones *ad perpetuam*.

Trataremos primero de las informaciones que tienen por objeto la dispensa de ley, porque son las que deben considerarse en una categoría superior.

Entre nosotros se ha reconocido que habia ciertas leyes acerca de las cuales podia obtenerse dispensa, y nadie que esté medianamente instruido en nuestra legislacion, ignora que estas dispensas se conocian con el nombre de gracias al sacar. De estas hace mencion el decreto de 5 de agosto de 1818, y relativas á las

mismas existen la ley de 14 de abril de 1838 y real orden de 19 del mismo mes y año.

El art. 1.º de la ley citada considera entre las gracias las emancipaciones: legitimaciones de los hijos naturales, según los define la ley 1.ª, tit. 5.º, lib. X de la Nov. Recop.: dispensa de edad para administrar sus bienes: dispensas de ley para que las viudas que pasan á segundas nupcias conserven la tutela: dispensas de exámen á los abogados para revalidarse de escribanos: suplemento de falta de confirmacion de privilegios: dispensa de formalidades en los oficios renunciabiles: facultad de nombrar teniente á los propietarios de oficios públicos enagenados: para examinarse en lugar distinto del designado por la ley ú ordenanza: para que los clérigos puedan abogar en lo civil: y finalmente, toda dispensa que altere las condiciones reglamentarias de los citados oficios y profesiones, ú otros semejantes. Estas gracias, según el art. 2.º de dicha ley, no debían concederse sin concurrir motivos justos y justificados, y sin satisfacer (art. 4.º) los derechos señalados en los aranceles.

En la real orden de 19 de abril se establece que los que soliciten alguna de estas gracias hayan de acudir directamente á la audiencia territorial, presentando en ella la solicitud para S. M. y los documentos en que la funden: que las que se dirijan al gobierno se remitan á las audiencias para que procedan á la instruccion del expediente informativo. En él podían hacerse antes informaciones que se ministraban siempre con citacion fiscal.

Préviás estas indicaciones trataremos

§ 1.º — *De las informaciones para dispensa de ley,*

Cuando algun interesado recurre á S. M. para que otorgue una dispensa de ley, si se considera que cabe dispensar esta gracia, prévia la justificacion oportuna, se comete por lo comun según las reglas citadas su práctica á las audiencias, las cuales á su vez delegan en el juez de primera instancia competente. Lo será, según el art. 1555, *para recibir las informaciones que tengan por objeto una dispensa de ley, el juez del domicilio del que la solicite*, porque es de presumir que allí tenga los testigos; pero si no los tuviere en aquel punto, si aunque viva en Madrid los

testigos estén en Valencia ú otro pueblo cualquiera, como puede acontecer en muchas ocasiones, no encontramos repugnancia en que se dé comision al juez en donde la justificacion puede hacerla con mas facilidad la parte, toda vez que en su beneficio se señala el fuero.

Para evitar abusos se halla prevenido (1336) que *no podrán recibirse estas informaciones, si no en virtud de real orden comunicada al juez por su superior correspondiente*. La causa es bien conocida: no es permitido á las partes que presenten testigos y hagan gastos para obtener dispensa de ley, sin que la Magestad haya conceptuado que existen algunos fundamentos para entrar en el exámen de si corresponde concederla ó no. El art. 1336 parece que modifica las disposiciones citadas de la real orden de 19 de abril de 1838.

Recibida (1337) en el juzgado la real orden, se procederá á darle cumplimiento, haciendo saber al que la haya obtenido, de la informacion que se requiera sobre los hechos en la misma real orden prevenidos: y no sobre otros, de manera que la informacion quedará limitada precisamente á estos extremos, y no podrá estenderse á otros. El que ha de conceder la gracia es el que debe señalar las condiciones, que conceptúe indispensables para concederla. Y esta es otra razon por la que no se permiten informaciones de esta clase sin real orden, porque serian inútiles y porque no evitarian que otras posteriores se recibiesen.

La ley pasa en seguida á señalar las formalidades con que deben ejecutarse estos actos, disponiendo (1338) que *estas informaciones se recibirán siempre ante escribano y con citacion del promotor fiscal: que siendo el representante de la ley no podia ser escludido de un negocio, en que de su cumplimiento se trata. El escribano es un funcionario indispensable, pero no debe limitarse á consignar lo que digan los testigos, sino que dará fé (1339) precisamente de conocerlos. Y si no los conociere, exigirá que dos respondan del conocimiento de cada uno de ellos, y suscriban las declaraciones de los que se encuentren en este caso.*

Aun se llevan mas adelante las precauciones. Dada la informacion (1341), *se entregará al promotor para que emita por escrito su juicio sobre ella. Y este juicio la ley previene asi mismo en qué términos debe darse, ordenando, que en el escrito (1342)*

que formule, deberá el mismo promotor consignar esplicita y terminantemente si se halla acreditado en la forma prevenida el conocimiento de los testigos que hayan declarado.

Tambien al promotor se le concede intervencion cuando se trate de documentos. Si hubieren de compulsarse, (dice el artículo 1340), será indispensable para ello la concurrencia del promotor. En el caso de no compulsarse integros, deberá el promotor asegurar bajo su firma en la diligencia que se estienda, que en la parte que se omite no hay nada contrario á lo de que se ponga testimonio ni que lo modifique.

Hemos visto las prevenciones que toma la ley para asegurarse de que los testigos que declaran son real y efectivamente las personas, que se denominan con cierto nombre á los ojos de la justicia. A este fin el escribano y el promotor reciben un encargo especial. La informacion todavia debe pasar por otro crisol; evacuada la audiencia del promotor (1345), el juez consignará en seguida su dictámen y remitirá el expediente á su superior inmediato.

Parece que este superior debe ser la audiencia, cuando el artículo (1344) dispone que esta oirá al fiscal; consignará tambien su dictámen en el expediente y lo remitirá al gobierno para su resolucion.

Disposiciones especiales.

Las que se acaban de enunciar son las reglas generales establecidas en la ley, pero puede haber casos en que se haya de citar á alguna persona ó que comparezca esta sin que se la cite; y lo que debe hacerse en estos casos, se halla prevenido en varios artículos que trascribimos.

Si se hubiere mandado hacer la informacion con citacion de alguien (1345) se le oirá, si citado, solicitar la entrega del expediente. Tambien se admitirán los testigos y documentos que presentare sobre los hechos objeto de la informacion.

Previene el 1346 que caso de ser menor la persona mandada citar, será indispensable la audiencia; de manera que al menor siempre debe oírsele, y aunque nada tenga que esponer, será ne-

cesario que así lo expresen los que tienen la misión de representarle.

Puede haber casos en que sin ordenarse la citación comparezca alguno á reclamar, y para entonces prescribe el art. 1347, *que si pendiente una información mandada recibir sin citación, se presentare alguna persona oponiéndose á la dispensa para que se reciba, se le oirá si tuviere conocido y legítimo interés en resistirla.*

En un caso de esta naturaleza tiene lugar la regla 7.^a del art. 1208, pero con cierta limitación, toda vez que el art. 1348 manifiesta el orden que debe seguirse en la tramitación, disponiendo que *de lo que espusiere cualquiera de los que deben ser oídos en estos expedientes, se dará conocimiento al que haya promovido la información y al promotor fiscal, para que esponga lo conveniente.* A esto se reducirá la audiencia, y no dudamos que también se le deberán admitir los documentos que presentare. Unidos entonces (1349) *al expediente los escritos que se hayan presentado, lo remitirá el juez en la forma antes prevenida, (al superior que le haya dado la comisión.)*

§ 2.º — *De las informaciones para perpétua memoria.*

La ley reconoce la legitimidad de las informaciones para perpétua memoria, estableciendo en el art. 1339 que *los jueces admitirán y harán que se practiquen las informaciones que ante ellos se promovieren, con tal que no se refieran á hechos de que pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada.* Según el tenor de este artículo, las informaciones *ad perpetuum* han de versar sobre hechos en que desde luego no se vea el perjuicio de una persona determinada: quizás algunos pretendan que tampoco deban recibirse sobre hechos que tengan relación con derechos de que á virtud de ellas pueda ser privada una persona, que aunque no conocida entonces, se halla suficientemente indicada, ó sobre hechos de que pueda nacer derecho. Estos son puntos que debe decidir la prudencia, porque en la realidad no puede haber información alguna que directa ó indirectamente no afecte el interés de una tercera persona, si se exceptúan meramente las que consignan la buena conducta de un sujeto.

De muy distinta manera entendia el juriconsulto Escriche esta materia, pues en la palabra *Informacion* decia:

«Generalmente hablando, no se reciben deposiciones de testigos si no en los pleitos ó causas: pero sucede alguna vez que una persona puede perder su derecho si no se le admite desde luego á formar su prueba testimonial para cuando se halle en el caso de hacer uso de ella: como si uno teme, por ejemplo, que su adversario trata ó puede tratar de moverle pleito despues de la muerte de algunas personas ancianas ó enfermas, ó de la ausencia de otras con cuya declaracion habia de apoyar sus derechos ó escepciones. En este caso, pues, y en otros semejantes tiene facultad el interesado para pedir al juez que reciba anticipadamente la declaracion á los testigos con citacion del sugeto que tiene interés contrario en el asunto, y por su falta ó ausencia con la intervencion de dos hombres buenos que presencién el juramento, ley 2.ª, tit. 16 Partida 5.ª En vez de los dos hombres buenos, continuaba Escriche, se hace ahora la citacion al síndico-procurador, á quien se pasa luego la informacion para que dé su dictámen, el cual se reduce á manifestar si tiene ó no algo que decir contra los testigos. Añade la citada ley, que si la informacion se hubiere hecho en ausencia de la persona, contra quien ha de presentarse, le debe ser notificada ó denunciada dentro de un año despues de su regreso, ó bien se ha de empezar el pleito dentro de dicho término, bajo la pena de que pasado el año no tendrá ya fuerza alguna la informacion. Tambien advierte la misma ley que esta informacion no tiene lugar en causas criminales, en que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro ó echamiento de la tierra, á no ser en pesquisas generales hechas de oficio.»

Elizondo en el tomo II, pág. 203, pone un pedimento en que uno solicita se reciba declaracion sobre haber sido robado en un camino.

Harto se desprende de la doctrina de estos autores, especialmente de la del primero, que es en cierta manera diferente de la que consigna la nueva ley. Escriche asignó á las informaciones ciertas pruebas anticipadas, de que habla aquella en el artículo 225.

La nueva ley, segun hemos ya manifestado, únicamente declara propios de estas informaciones para perpétua memoria los

hechos de cuya justificación no pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada. De consiguiente cabrá recibir la información de que habla Elizondo en su práctica y hemos indicado, aun cuando de su resultado pueda emanar la irresponsabilidad del viajero que conducía algunos efectos ó sumas.

También podremos colocar en este caso las informaciones que tratase de hacer un porteador sobre la salida repentina de un torrente, que hubiese averiado los géneros que conducía.

Así es que de acuerdo con los principios enunciados en el artículo 1359, y con el fin sin duda de que no se ministren informaciones que puedan causar perjuicio á tercero, el art. 1361 previene, que *para admitir toda informacion de esta clase se oirá al promotor fiscal del juzgado en que se promoviere*; de manera que el juez hasta cierto punto debe tener un asesor, y debe contar con las esplicitas manifestaciones de un funcionario público, especialmente encargado de la defensa de la ley.

Pero todavía no se contenta esta con tal garantía, sino que dispone también, que *si admitida (1360) una informacion, y estándose practicando, se formulare oposicion á ella, se sustanciará en via ordinaria*. Del tenor de este artículo se infiere, que en caso de oposicion, la recepcion de los testigos se suspenderá, porque á no ser así, la oposicion no surtiria todos sus efectos. Sin embargo, si se tratase de testigos que contasen una edad avanzada, que se hallasen en riesgo inminente, ó que debieran ausentarse, creemos que debería recibirlas el juez, pues siempre quedaria el recurso de no entregar la informacion á la parte, al paso que si los testigos morian ó se ausentaban, el perjuicio seria irreparable, y la oposicion, aunque se desestimase despues, surtiria todos sus efectos.

Hemos visto el orden que debe seguirse para la admision de la informacion, y caso que se formulare oposicion á su recibimiento; esto es, cuando en el ingreso de un negocio que se supone tan sencillo sobreviniesen dificultades. Ahora corresponde ver lo que debe hacerse cuando no sobreviniesen y el asunto caminase sin ningun género de entorpecimiento. Entonces, dice el art. 1362, *admitida que sea la informacion, serán examinados los testigos que se presentaren, dando fé el escribano de su conocimiento. Y si no los conociere (1363) el escribano, se exigirá que, ó traigan documento bastante á comprobar la identidad de sus per-*

sonas (v. gr. el pasaporte ó algun diploma) ó dos testigos que aseguren conocerlos.

Todavía la ley hace nuevas prevenciones y toma medidas para evitar que la mentira ó la suplantacion se introduzcan en estas actuaciones, ordenando que *dada la informacion se pasará al promotor (1564). Este se limitará á examinar las cualidades de los testigos, y si se ha acreditado su conocimiento en la forma prevenida y consta la identidad de sus personas.* El promotor no puede entrar en el fondo de lo que declaran los testigos, ni hacer reflexion alguna sobre si sus declaraciones presentan síntomas de verdad ó de mentira, ni hablar tampoco de si los hechos acerca de los que declaran son de los que pueden justificarse en estas informaciones, porque este último punto se halla ejecutoriado, y ya hemos manifestado que antes de admitirse la informacion, antes de proveer auto en que se mande examinar los testigos, es preciso oír al promotor fiscal, que si accedió á la admision ya no puede ponerse en contradiccion consigo mismo, ni tampoco replicar si el juez la acordó, no obstante sus observaciones.

Los artículos siguientes completan el procedimiento. *Devuelto el expediente (1565) por el promotor fiscal, y hallándose conforme en que se apruebe la informacion, la aprobará el juez, si lo estimare procedente, mandando que se protocolice en el registro de un escribano público de la cabeza del partido judicial, y que se den los testimonios que pidiere el que lo haya promovido.*

Si el promotor fiscal (1566) opusiere algunos reparos, hasta que se hayan subsanado, caso de ser procedentes, no podrá dictarse el auto de aprobacion. Esto se entiende en el caso de que el juez los haya calificado de estimables, porque si fuesen reparos que no merezcan aprecio en concepto del juez, no podrian retardar la entrega de la informacion.



CAPITULO VIII y último.

Apéndice.

En la pág. 7.^ª del tomo I advertimos que se habia omitido comprender en la nueva ley varios actos de jurisdiccion voluntaria, cuyo conocimiento era sin embargo utilísimo, prometiendo formar un apéndice en el que incluiríamos los mas interesantes. Cumpliendo, pues, lo que prometiéramos vamos á llenar este vacío, pero con la mayor brevedad y concision que sea dable, porque nuestro objeto, como tantas veces tenemos dicho, no es sino decir lo mas indispensable, haciendo referencias que puedan utilizar nuestros lectores.

§ 1.^º—*De la adopcion y de la arrogacion.*

La adopcion en general comprende tambien á la segunda, puesto que se define como un acto solemne en que se recibe con autorizacion del rey ó del juez en lugar del hijo ó nieto á una persona que no lo es naturalmente. Esta definicion está sacada de la ley 1.^ª, tít. 16, Part. 4.

Pero la adopcion especial y la arrogacion se diferencian por razon de las personas.

La adopcion es el acto de prohijar ó recibir como hijo, con autoridad judicial, al que verdadera y naturalmente lo es de otro y se halla bajo la potestad de su padre.

La arrogacion es el acto de prohijar ó recibir como hijo propio al que lo es ageno y que no está, sin embargo, bajo la patria potestad por haber salido de ella ó por no tener padre.

Núm. 1.^º—De la adopcion especial.

Siendo esta un acto que debe formalizarse ante el juez, es necesario que examinemos los requisitos con que debe pedirse el exámen que debe verificar el juez, la providencia que debe dictar

y la forma ó solemnidades con que debe ejecutarse. Y para que sea mas reducido nuestro discurso comprenderemos la materia en los siguientes artículos.

1.º La adopcion la solicitará el adoptante mediante escrito ante el juez del domicilio del adoptando.

2.º El adoptante acompañará á su peticion la partida de bautismo del adoptando y la suya, para que el juez vea si tiene efectivamente diez y ocho años mas que aquel.

3.º Tambien debe presentar escritura que acredite el consentimiento del padre del adoptando, ó que dicho padre firme el escrito á presencia del actuario.

4.º El juez examinará si la adopcion procede con arreglo á las leyes, y la concederá ó negará segun los casos.

5.º Si la negase, tendria lugar la apelacion en ambos efectos.

6.º El juez puede exigir que el adoptante justifique su buena conducta, y si tiene ó no hijos que puedan sucederle.

7.º Acordada la adopcion, el juez en audiencia pública tomará de la mano al hijo y le entregará al adoptante, quien le recibirá por adoptivo, y el escribano estenderá en debida forma escritura pública por orden del juez, para que conste en todo tiempo el acto.

8.º Nos pareceria muy conforme, que sobre la adopcion se adoptara la determinacion que contiene el art. 1231 con respecto á la curatela ejemplar, y es que se protocolizase el expediente de adopcion en la escribanía del lugar del domicilio, ó caso de no haberla, en la de la cabeza del partido.

Núm. 2.º—De la arrogacion.

Compitiendo únicamente á la Magestad la arrogacion de un menor de catorce años, como tambien de la de un pupilo aunque tenga veinticinco, si ha de hacerse por un tutor ó curador, queda limitada la intervencion judicial en la arrogacion á la de un mayor de catorce años en ciertos casos.

Esta arrogacion se instruirá en la forma siguiente:

1.º Arrogante y arrogado presentarán un escrito solicitándola.

2.º A este escrito se acompañarán documentos que acrediten

que el arrogando no está bajo la patria potestad de ninguna persona y ofreciendo justificación de la buena conducta del arrogante y de la utilidad que debe resultarle al arrogando.

5.º El arrogante prometerá y se obligará solemnemente á devolver los bienes que recibiere del arrogado, caso que le despidiere ó desheredare.

4.º En vista de todo, el juez otorgará ó negará la arrogacion cuya providencia negativa será apelable en ambos efectos.

5.º Las formas de la arrogacion deben ser las mismas que las de la adopcion.

§ II.—*De la emancipacion.*

La emancipacion es un acto solemne por el cual el padre dimite ó renuncia la patria potestad que tiene sobre el hijo.

Puede ser *espresa* cuando directamente se hace esta renuncia, y *tácita* ó legal, cuando el padre pierde la autoridad paterna á virtud de cierto acto que lleva consigo esta pérdida, v. gr., el matrimonio del hijo.

La emancipacion puede ser voluntaria de parte del padre y del hijo, ó forzosa de parte de cualquiera de los dos.

La emancipacion forzosa es una pena un castigo, y de consiguiente, no pudiendo imponerse sin previo conocimiento de causa, por ejemplo, si el padre trata con rigor á sus hijos, ó los conduce á su perdicion en vez de educarlos conforme la religion lo exige, etc.

Por consiguiente, solo corresponde á la jurisdiccion voluntaria la emancipacion que se verifica de comun acuerdo entre el padre y el hijo por motivos benéficos á entrambos, y con especialidad al segundo.

Como la emancipacion tenia en muchas ocasiones consecuencias que afectaban al estado ó á la sociedad en general y podian cometerse abusos, se dictaron la ley de 14 de abril de 1858 y la real orden de 19 del propio mes. Segun ellas (como las resume Escriche), el padre que quisiere emancipar á un hijo, debe acudir directamente á la audiencia territorial, presentando en ella la solicitud documentada por el rey. La audiencia dirigirá la solicitud al juez de primera instancia competente, el cual abrirá un

espediente informativo : oirá por via de instruccion sin figura de juicio á las personas ó corporaciones que puedan tener interés en el asunto ; admitirá las justificaciones que los interesados ofrecieren : las recibirá en caso de oficio y devolverá á la audiencia el espediente original con su informe. La audiencia, oyendo al fiscal, examinará si el espediente se halla debidamente instruido : no estándolo ampliará convenientemente la instruccion : y cuando esta se halle completa, elevará igualmente original el espediente al gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y parezca. S. M. en su vista concederá ó negará la emancipacion.

Vemos , pues , á lo que se halla reducido este acto de jurisdiccion voluntaria, que asi como el de la legitimacion , no es sino de una manera indirecta de la competencia del juez de primera instancia, en cuanto ante él se actúan ciertas diligencias.

§ III.—*De la consignacion.*

Nos ha parecido que la consignacion de las cantidades que debe una persona á otra , debia colocarse en el número de los actos de jurisdiccion voluntaria mientras no exista una oposicion. Muchas veces puede acontecer que uno deba cierta suma, y quiera, vista la morosidad del acreedor, eximirse de esta responsabilidad: por ejemplo: uno debia presentarse á cobrar una cantidad y no comparece, pero el deudor, que tiene que emprender un viaje, no quiere dejar tras de sí una obligacion, ni verse comprometido á nombrar un depositario ni administrador; en estas circunstancias recurre al juez á verificar la consignacion, que es, como dicen los jurisconsultos, un acto por el cual el deudor pone en las manos del juez la cantidad de su débito.

La consignacion es una palabra que se deriva del verbo latino *consignare*, equivalente á sellar, porque en Roma antiguamente no se contaba el dinero que se depositaba, sino que se entregaba en sacos, sobre los cuales se ponía un sello.

El Código de procedimientos francés, ha comprendido bajo la denominacion de *procedimientos diversos* los ofrecimientos de pago y la consignacion, porque, como decia un distinguido jurisconsulto, este Código no hubiera sido completo, si solo hubiese com-

prendido las reglas relativas á las contiendas propiamente dichas, sino que debian abrazar asimismo aquellas acciones que sin constituir esencialmente verdaderos pleitos, pueden interesar al ministerio del juez, ó al de los oficiales de justicia, y las reglas que dicen relacion á estas acciones particulares, es lo que la ley califica con el nombre de procedimientos diversos.

El caso que hemos referido al principio es de verdadera jurisdiccion voluntaria, y lo será tambien en nuestro concepto la entrega de una cosa mueble ó raiz, que una persona estuviese obligada á dar. Si, por ejemplo, en un testamento se dejase un caballo, un anillo, una casa ó cualquiera otra cosa y el legatario no compareciese á entregarse de estos objetos, creemos que el heredero tendria derecho para comparecer ante el juez, y verificar el depósito ó entrega.

Como que no hay oposicion hasta entonces, nos parece que el acto tiene el carácter distintivo de los de jurisdiccion voluntaria; pero si hubiese habido ofrecimiento por el deudor al acreedor de pago ó de entrega de la cosa, y el acreedor se negase á recibir, siendo la negativa el motivo de la consignacion ó entrega judicial, creemos que la consignacion ó el depósito tendrian ya un carácter diferente, porque se descubren la resistencia y la oposicion que dan al acto un carácter litigioso, de manera que aunque breve, corresponde que se conceda una audiencia al acreedor, ó bien que aunque se admita el depósito, sea con la precisa condicion de contar en seguida con el acreedor, sustanciando un verdadero juicio.

§ IV. — *De las diligencias que deben practicarse para que un loco, que tiene lúcidos intervalos pueda testar.*

En nuestro concepto, las diligencias que se practiquen con este motivo, pertenecen tambien á la jurisdiccion voluntaria.

Don Juan Ignacio Moreno, catedrático de escribanos en la corte, en el *Tratado elemental* que sobre el otorgamiento de instrumentos públicos dió á luz en 1847, á la página 443, examinó esta materia con una grande lucidez. Copiaremos sus palabras. Despues de manifestar que el loco no puede testar, añade: «pero si tiene ratos de juicio, si hay en él momentos de discernimiento, si por

último tiene lucidos intervalos, como se dice en el derecho, puede en estos momentos de razon ordenar su testamento y disponer de sus bienes, manifestando cual es su última voluntad, como todo hombre cuerdo, discreto y juicioso, con tal que lo termine antes de volver á su anterior estado (1). Mas para que este testamento sea válido, es necesario hacer constar la capacidad mental en que el testador se hallaba al tiempo de formalizarlo. Esto en la práctica se procura conseguir del modo siguiente. Acuden los parientes al juez, manifestándole que el paciente se halla algunos dias en su acuerdo, y solicitando se autorice al escribano para que, con asistencia de médico y cirujano, vea si se halla en estado de otorgar su testamento, y proceda en su caso á examinar su voluntad. Concedida la licencia judicial, declaran con juramento los facultativos si el testador está á la sazón ó no en su juicio, extiende el escribano la declaracion de los referidos facultativos, en seguida de la providencia del juez, y á presencia de aquellos y de los testigos prevenidos por la ley, hace al testador las preguntas concernientes á la última disposicion, y extiende el testamento, que deberán firmar el testador y todos los concurrentes que supieren, y evacuado todo, lo presenta al juez a fin de que lo apruebe para su mayor validez, precediendo el exámen de todos los que asistieron al acto. Esta publicidad parece y es á la verdad poco conforme con la naturaleza de las últimas voluntades, pero no puede dudarse ser muy eficaz para evitar grandes dudas y controversias que priven de validez un testamento otorgado en estado de juicio, ó se la den al que haya sido ilegalmente amañado por personas avaras, encontrándose el testador en el período de su fatuidad y demencia.»

Repetimos que las diligencias que con este motivo se practiquen las consideramos conocidamente de jurisdiccion voluntaria, debiendo sujetarse á las reglas generales que sobre estos actos señala la nueva ley.

§ V.—*Del trasunto de los instrumentos.*

Por trasunto no entendemos aqui un simple traslado, ni por trasuntar dar simplemente una copia. Trasuntar, segun la inteli-

1) L. 5, tit. 1, p. 6.

gencia que damos à esta palabra , es presentar el traslado ó copia de una escritura al juez para que en razon de haberse perdido el protocolo que le servia de matriz , se ingrese en las notas ó protocolo de un notario , considerándose ya desde entonces como original y librándose de ella las copias que se pidieren.

Este método lo introdujo tambien el Derecho Canónico, y se apoya en algunos textos del Romano. Citaremos el contenido literal de uno de aquellos, refiriendo á él y á los demás á nuestros lectores.

Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam justam causam exemplari petantur , coram iudice ordinario vel delegato ab eo specialiter presententur : qui si ea diligenter inspecta in nulla ejus parte vitiata repereri , per publicam personam illa præcipiat exemplari , eandem auctoritatem per hoc cum originalibus habitura. Cap. fin. de fide instrumentorum. Cap. Cum dilecta de confirmat. util vel inutil. Cap. Significavit de testibus. Cap. ut lit. non contest. argum. l. in lege ff. ad leg. Aquiliam l. ult. Cod. de usur. pupil. ubi. Gloss. et DD.

El juriconsulto aragonés, don Diego Franco de Villalva , comentando el fuero 6.º de *Fide instrumentorum* , cita á Ejea que refiere el origen de esta práctica. Con efecto, en este fuero al hablar de los instrumentos que no exigen adveracion , dice: «e esto mismo haya lugar si el contrato por aquel á cuyo perjuicio será testificado , será exhibido personalmente delante el juez competente de aquel , á cuyo perjuicio será testificado el instrument en su prima figura , e será en el registro del juez inserto.»

Sea cual fuere el origen de esta práctica, nosotros no hallamos inconveniente en que el que tenga un instrumento antiguo pueda acudir al juez pidiendo que lo mande insertar en el protocolo de un notario , y que se le den despues las copias que pidiere : pues este es un acto de preservacion que en nada perjudica los derechos de la otra parte con respecto á los vicios ó defectos que pueda oponer á esta escritura.

§ VI.—*De otras informaciones diferentes de las que se hacen para dispensa de ley y perpétua memoria.*

Tambien estas informaciones deben ser inofensivas, y aun mas si cabe que las últimas. Sabemos que ya se han recibido algunas

sobre puntos relativos á los indicados en la pág. 7.^a del tomo I, y no considerándolas en el caso de las de *ad perpetuam*, se ha omitido su protocolizacion. Muy útil hubiera sido que la ley no hubiese dejado esta materia sujeta á la interpretacion, y subsistente la duda de si aun con respecto á ellas debiera observarse este requisito.

Muchos otros actos de jurisdiccion voluntaria podríamos añadir, pero á nuestro entender hemos explicado los principales, y esto basta para que nuestro trabajo aparezca hasta cierto punto completo en una materia que puede recibir una estension indefinida. Estamos ya en el caso de poner término á nuestras tareas relativas al segundo tomo.

Rectificacion.

Trasladaremos íntegro en este lugar el art. 1199, en cuya copia se padeció en la pág. 355 de este tomo la omision de una disyuntiva. El artículo dice así: *la audiencia que haya dictado la ejecutoria, ó á cuyo territorio corresponda el juzgado cuya sentencia haya quedado consentida, es quien debe declarar si procede ó no, que se oiga al litigante condenado en rebeldía.*

La omision de una *ó* era súmamente fácil y disimulable, habiéndose impreso el Tratado con la perentoriedad de las hojas de un periódico. Salvamos esta errata con esta nota, dejando la correccion de las demás faltas al buen juicio de nuestros lectores.



ADVERTENCIA.

Aunque al fin del primer tomo estampamos el índice de todos los capítulos que contenía, nos ha parecido muy conveniente formar ahora uno general de toda la obra por otro método, esto es, poniendo, no solo los epígrafes de los capítulos, sino todos los §, subdivisiones que contienen, puntos y materias de que tratan. De esta manera se tendrá un reducido prontuario mientras se publica el alfabético, que con el formulario, formarán el tomo tercero.



INDICE GENERAL Y COMPLETO DE LA OBRA.

TOMO I.

Capítulos.	Páginas.
Introduccion.—Objeto de esta obra y método observado en su redaccion.	1
1.º Esposicion del plan.—Nociones preliminares.	8
2.º Naturaleza del procedimiento	14
3.º Importancia de las leyes del procedimiento.	19
4.º Historia del procedimiento en diversos paises y naciones	20
§ 1.º Principales rasgos de la administracion de justicia entre los egipcios.	22
§ 2.º Entre los hebreos	25
§ 3.º Entre los griegos	29
5.º Del procedimiento civil entre los romanos	44
6.º Observaciones sobre el procedimiento civil en Inglaterra.	62
7.º Del procedimiento en Francia	76
8.º Del enjuiciamiento en España desde los romanos hasta nuestros dias	77
<i>Divídese en seis épocas.</i>	
1.ª Desde la conquista de los romanos hasta la invasion de las naciones del Norte.	77

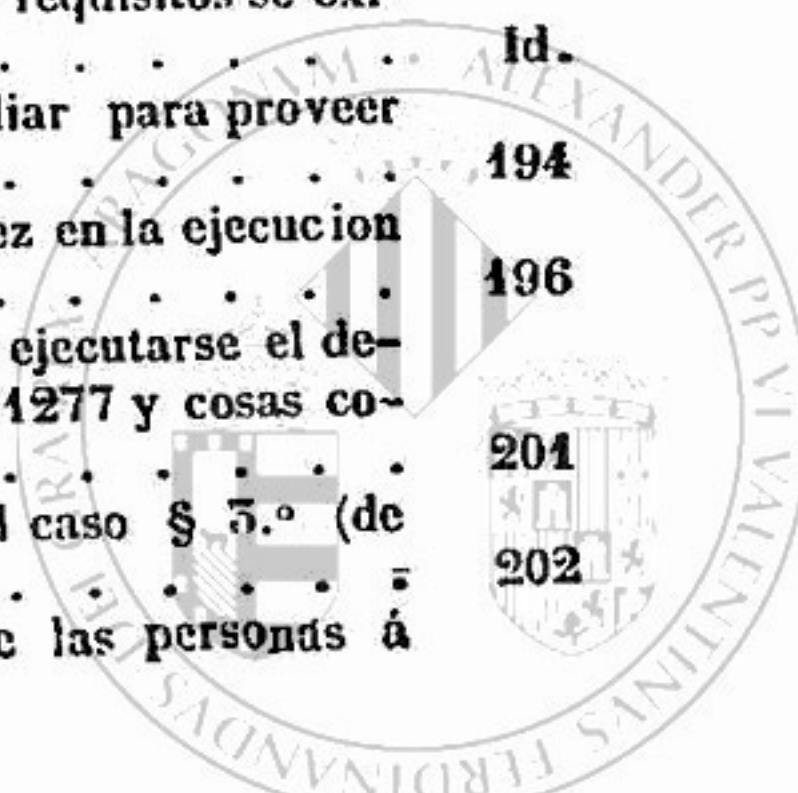
Capítulos.	Páginas.
2. ^a Desde esta á la de los árabes	80
3. ^a La invasion de estos.	84
4. ^a Publicacion del Fuero Real y las Partidas	85
5. ^a Desde la Constitucion de Cádiz hasta el reglamento en 1835.	97
6. ^a Desde este hasta la ley de Enjuiciamiento de 5 de octubre de 1855	98
9. ^o Del procedimiento aragonés con breves indicaciones sobre las particularidades del de otras provincias	102
10 Del procedimiento canónico.	117
11 Comprehension de la nueva ley ó sea materia y tribunales á que se estienden sus disposiciones	119

PARTE PRIMERA.

JURISDICCION CONTENCIOSA.

Capítulos.	Páginas.
1. ^o De la jurisdiccion en general y sus divisiones	125
2. ^o De la gradacion de la jurisdiccion civil	135
3. ^o De los jueces de paz.	157
Seis representados de estos jueces.	141
Seccion 1. ^a —Esplicacion y análisis del decreto de 22 de octubre de 1855, y circular de 2 de enero de 1856	142
Seccion 2. ^a —En la que se trata del tercer representado de los jueces de paz, que son jueces de pri-	

mera instancia en asuntos que no excedan de 600 rs.	151
Si puede prorogarse la jurisdicción de un juez de paz.	165
Sección 5. ^a — Del cuarto representado de los jueces de paz, ó sea del de jueces preventivos en cier- tos negocios.	166
De su jurisdicción en los embargos preventivos. . .	Id.
1. ^o Qué es embargo preventivo	167
2. ^o Quién puede decretarlo	171
3. ^o Méritos para obtenerlo	172
4. ^o Qué puede comprender el embargo	176
5. ^o Qué se hará con los bienes embargados y qué formalidades se observarán	177
6. ^o Medios de evitar el embargo	179
7. ^o Medios para hacer que se alce	181
8. ^o Por qué motivos se anula el embargo.	182
9. ^o Quién debe pagar las costas	Id.
Observacion interesante	186
4. ^o Se continúa la materia de la 3. ^a sección relativa á la calidad de jueces preventivos que corresponde á los de paz, tratando en este capítulo de la que les compete en los depósitos de personas	187
Depósito de personas	188
1. ^o Quién puede decretarlos	189
2. ^o A favor de qué personas y qué requisitos se exi- gen para pedirlo	Id.
3. ^o De los méritos que deben mediar para proveer el depósito	194
4. ^o De lo que debe practicar el juez en la ejecución del depósito	196
5. ^o Particularidades con que debe ejecutarse el de- pósito en el caso del § 2. ^o , art. 1277 y cosas co- munes con el del 1. ^o	201
6. ^o Especialidades del depósito del caso § 3. ^o (de muger soltera).	202
7. ^o Circunstancias del depósito de las personas á	



	que se refiere el § 4.º (hijo ó hija de familias) del art. 1277.	204
	8.º Advertencias sobre el depósito de personas comprendidas en el § 5.º (huérfanos ó incapacitados.)	205
	9.º Cuestiones que pueden ofrecerse en el 1.º y 2.º caso de los dos primeros §§ del art. 1277, modo de sustanciarlas y constitucion del nuevo depósito	206
	10 Alzamiento y cesacion de los depósitos	207
	11 Si pueden exigirse costas preventivamente en las diligencias de depósito	208
3.º	Diligencias preventivas que incumben á los jueces de paz en los ab-intestatos, testamentarias y obra vieja.	209
	1.º Diligencias en los ab-intestatos	Id.
	2.º Conocimiento preventivo en las testamentarias.	211
	3.º ¿Puede el juez de paz tomar alguna providencia en cuanto á obras viejas?	212
6.º	Del representado de los jueces de paz como auxiliares, ó jueces en comision en los negocios que les encargasen sus superiores.	214
7.º	De la jurisdiccion que compete á los jueces de paz para conservar el órden en sus audiencias y corregir á sus dependientes	218
8.º	De los jueces y juzgados de primera instancia.	225
9.º	De los tribunales de comercio y hacienda	
	Tribunales de comercio	230
	Juzgados de Hacienda civil.	253
10	De las audiencias territoriales	254
11	Del Tribunal Supremo de Justicia.	258
12	De otros tribunales, que aunque de materias temporales no dependen de las audiencias.	244
	1.º De la jurisdiccion militar y tribunales militares.	245
	2.º Fuero general. Tribunales de las capitanías generales	246
	3.º Jurisdiccion y juzgados especiales. De Marina.	Id.

	Juzgados de las comandancias.	247
	Id. de los departamentos	Id.
	Id. de las ayudantías	247
	Id. especiales.	Id.
	Artillería.	248
	Ingenieros.	Id.
	4.º Juzgados de hacienda militar.	Id.
	5.º Tribunal Supremo de Guerra y Marina.	249
13	Jurisdiccion contencioso-administrativa.. . . .	255
	1.º Consejos provinciales.	255
	2.º Tribunal Mayor de Cuentas.	256
	3.º La jurisdiccion y juzgados que entendieron antes y entienden ahora en los asuntos de minas.	Id.
	4.º Procedimiento administrativo de Hacienda.	258
14	De la jurisdiccion eclesiástica y tribunales eclesiásticos.. . . .	259
	Gradacion de la jurisdiccion eclesiástica, segun la antigua y moderna disciplina.	262
	Juzgado eclesiástico en primera instancia.	Id.
	Vicario capitular.	264
	Jurisdiccion eclesiástica castrense.	265
	De la jurisdiccion de Espolios, Vacantes y Cruzada.	Id.
	Del Consejo de Ordenes.	266
	Tribunales eclesiásticos de apelacion.	267
	Tribunal de última instancia, el de la Rota.	268
	Jueces sinodales.	269
15	De las cuestiones de competencia.	271
	1.º Qué se entiende por competencia.	272
	2.º Cuáles son los medios de entablar actualmente las cuestiones de competencia.	278
	3.º Si pueden entablarse de oficio ó sin la peticion de parte. Si puede el juez inhibirse de oficio.	Id.
	4.º Condiciones y requisitos que exige la ley al litigante que entable la competencia.	286
	5.º De la declinatoria.	289
	6.º De la inhibitoria, sus especies, etc.	290

7.º	Término en que debe deducirse la inhibitoria.	291
8.º	Sustanciacion de la competencia en sus primeros períodos.	492
9.º	De los tribunales que deben decidir las competencias.. . . .	296
10	Trámites que deben seguirse por los tribunales superiores y Tribunal Supremo en la decision de las competencias: de las sentencias que dicten, sus cualidades y fuerza en lo principal y accesorio.	298
11	Del cobro de las costas.	301
12	Casos en que no cabe la competencia.	302
13	Procedimiento de las competencias de que no habla la ley de Enjuiciamiento.	303
14	De las competencias entre las autoridades judiciales y administrativas.. . . .	304
15	Disposicion especial con respecto á las competencias con jueces eclesiásticos.	310
16	De los recursos de fuerza.	
1.º	Del recurso de fuerza y sus fundamentos, segun el Conde de la Cañada y otros autores: de su historia, y de la apelacion por <i>abuso</i> en Francia.	315
2.º	Opinion de algunos canonistas acerca de estos recursos, é inconvenientes que les atribuyen.	324
3.º	Esplicacion de los recursos de fuerza, segun la nueva ley.	338
	<i>Puntos.</i>	
1.º	De la division de los recursos de fuerza, ó sea de sus especies, segun la nueva ley	341
2.º	Quiénes pueden promoverlos.	344
3.º	Los jueces y tribunales seculares competentes.	346
4.º	Cómo deben prepararse	348
5.º	Qué tribunales pueden conocer de ellos	352
6.º	Cuál debe ser su sustanciacion	353
7.º	De las sentencias que dicten en ellos y sus efectos.	356
8.º	De otros medios que hay para evitar fuerzas en	

	asuntos no judiciales	560
	9.º De los medios que se conceden á los jueces y autoridades eclesiásticas contra las fuerzas y atentados de los jueces seculares	561
17	De la conciliacion.	564
	1.º Su origen: diversas opiniones de algunos autores.	Id.
	2.º Instituciones análogas en Castilla y Aragon: establecimiento formal de los actos conciliatorios en España: autoridad á quien se confió su celebracion.	568
	3.º Naturaleza de la conciliacion.	570
	4.º Quién es el juez competente para ella: negocios en que debe intentarse y en cuáles no.	571
	Casos en que debe suspenderse su celebracion.	577
	5.º Autoridad á quien compete ahora la celebracion de estos actos.	578
	6.º Formalidades con que deben celebrarse.	579
	7.º Consecuencias de la avenencia.	587
	8.º Recursos que se conceden contra ella.	589
18	Del nombramiento de procurador á pleitos: otorgamiento de poder: sus circunstancias y formalidades.	592
	1.º Qué clase de contrato es la procuracion.	595
	2.º Cuáles son los requisitos y circunstancias que debe tener el poder.	594
	3.º Qué mayor número de gestiones podrá practicar, segun la nueva ley, con el poder un procurador, á pesar de no tenerlo especial.	597
19	De la competencia ó del fuero competente.	598
	Sumision expresa.	599
	Sumision tácita.	404
	Reglas generales para conocer el fuero cuando no hubiese sumision.	407
	Origen de la competencia.—La voluntad de las partes: la ley	412
	Voluntad de las partes.—Reglas generales.	Id.

Capítulos.	Páginas.
La ley.	415
Excepciones á que se refiere el art. 6.º.	Id.
Jurisdiccion voluntaria.	414
Conciliacion.	415
Competencia por razon de la materia y orden.	Id.
Otros casos especiales de competencia.	Id.
Qué personas pueden someterse espresa ó tácita- mente, y si la sumision puede abrazar toda cla- se de materias.	416
20 De la aptitud de las personas para litigar, y como la adquieren algunas.	419
1.ª Proposicion.—La ley tiene un objeto altamente moral y político al establecer lo que dispone.	420
2.ª Ninguno que no esté en el pleno goce de sus de- rechos civiles puede comparecer en juicio.	421
No lo están unos por favor que les dispensa la ley.	422
Otros por respeto ó sumision.	Id.
Id. por castigo.	423
Nombramiento de curador á pleitos.	Id.
De la habilitacion que se concede á ciertas personas para litigar.	425
Por castigo: los que sufren la interdiccion civil.	429
Por falta ú omision los espresados.	431
21 De las personas que intervienen en los juicios, ora como jueces, ora como demandantes ó demanda- dos, ora como auxiliares de los unos ó de los otros, esplicando sus obligaciones segun la nue- va ley.	455
Litigantes.	Id.
De los procuradores.	454
De la revocacion tácita del poder.	446
Del nombramiento forzoso de procurador y aboga- do, ó de la disposicion de la ley que ordena la re- union de muchas personas para litigar.	Id.
De los abogados ó letrados.	449
De los jueces de paz.	452

	De los de primera instancia.	453
	De los escribanos.	454
22	De ciertas nociones generales correspondientes á la sustanciacion en general.	455
	Del papel sellado.	Id.
	Significacion de las palabras despacho, real pro- vision, exhorto, órden.	456
	De las notificaciones.	457
	Emplazamientos, citaciones.	461
	Requerimientos.	465
	Reseña de algunos actos para los que debe hacerse citacion.	468
	Rebeldías.	Id.
	Apremios.	470
	Del juramento.	473
	De las horas y dias hábiles, modo de habilitarlos y de los términos.	474
	De la correccion disciplinaria.	478
	Costas y multas.	485
	Declaracion de los casos en que deben pagarse las costas y por quién.	484
	De otras cuestiones relativas á costas y multas.	488
	De las multas.	489
25	De los incidentes.	490
	1.º Cuáles segun la ley son verdaderos incidentes.	492
	2.º Distincion de dos clases de incidentes.	494
	5.º Determinacion de su sustanciacion.	495
24	De la defensa por pobre.	498
	Principios generales sobre la declaracion de po- breza y limitacion de los efectos de esta decla- racion.	500
	Personas á quienes compete este beneficio.	Id.
	Beneficios de la defensa por pobre y su límite.	504
	De la justificacion de pobreza y tramitacion de este incidente.	509
25	De las recusaciones.	512

Capitulos.	Páginas.
1.º Quién puede recusar y por qué causas.. . . .	513
2.º Quiénes pueden ser recusados.	516
3.º Cómo, cuándo y con qué requisitos.. . . .	517
4.º Qué rumbo debe seguirse en la sustanciacion de estos incidentes, y penas que se imponen por una injusta recusacion y por una temeraria insistencia en no admitir la que sea justa... . .	518
5.º Consecuencias de la recusacion.	521
De la recusacion de los asesores, jueces y magistrados suplentes.	522
Id. de peritos.	523
26 De la acumulacion de autos.	524
1.º Qué se entiende por acumulacion, quién puede pedirla, cuándo y en qué pleitos	Id.
2.º Causas por las que puede pedirse y decretarse.	526
3.º Sustanciacion de este incidente.	530
4.º Efectos que produce la acumulacion.	532
27 De los proveidos de los jueces y tribunales, ó sea de los autos, definitivos y sentencias.	533
Formalidades exteriores de las providencias judiciales.	535
Cualidades que deben tener las sentencias en cuanto á su esencia.	536
Forma de su redaccion.. . . .	540
Autos para mejor proveer.. . . .	544
¿Cabe dictarlos en toda clase de juicios ó instancias?	546
Qué clases de diligencias cabe practicar en virtud de estos autos, cuándo y cómo.	Id.
¿Cabe contra estos autos algun recurso?	550
Puede para mejor proveer acordar el juez otras diligencias además de las espresadas en el art. 48.	551

TOMO II.

Capítulos.	Páginas.
1.º Observaciones generales sobre la sustanciacion y naturaleza del juicio civil ordinario, su definicion y esencia: casos en que debe instarse: medios preliminares de prepararlo con juratorios, exhibicion, etc. Diligencias que cabe anticipar algunas nas veces en su principio.	1
De los modos con que puede prepararse el juicio ordinario.	10
De la exhibicion.	12
2.º De las partes de que se compone el juicio ordinario y su esplicacion: de la demanda, emplazamiento, etc.	19
De la demanda, sus requisitos, etc.	20
3.º De las escepciones dilatorias.	32
Sustanciacion de este artículo.	57
4.º De la contestacion á la demanda y escritos que preceden á la recepcion del pleito á prueba.	59
5.º De la prueba y de los términos dentro de los cuales debe hacerse.	46
6.º De los medios de prueba: modos y forma de practicarla	54
Documentos públicos.	56
Id. privados: correspondencia.	60
De la acusacion de falsedad instada contra los documentos presentados en el pleito.	62
Confesion en juicio.	64
Juicio de peritos.	70

	Reconocimiento judicial.	75
	De los testigos, ó sea de la prueba testifical.	76
7.º	De las tachas.	83
8.º	De los alegatos, vistas y sentencias.	88
9.º	De los juicios de menor cuantía	91
	De los verbales.	99
10	De los juicios ejecutivos.	100
	1.º Méritos con que puede pedirse la ejecucion.	101
	2.º Forma y méritos de la demanda ejecutiva.	102
	3.º Primer proveido del juez, y sus consecuencias.	103
	4.º Modo de verificar la ejecucion, bienes que debe comprender y circunstancias del embargo.	104
	5.º De la mejora de la ejecucion.	107
	6.º De la citacion de remate.	108
	7.º De las sentencias y sus efectos en diferentes casos.	112
11	Del procedimiento de apremio.	114
12	De las tercerías.	118
15.	De los juicios universales ó que versan sobre intereses colectivos. De los concursos de acreedores en general y del concurso voluntario en particular.	122
	De los concursos de acreedores.	125
	Del concurso voluntario.	Id.
	De la celebracion de la primera junta, y fuerza de sus acuerdos. Del denegatorio de la quita ó espera; sus formalidades.	125
	Del acuerdo favorable al deudor, contradicciones que puede sufrir y trámites por los que debe pasar.	126
	Tramitacion de la oposicion.	128
14	Del concurso necesario.	129
	1.º Méritos en virtud de los cuales puede declararse el concurso; juez á quien corresponde esta declaracion y la continuacion del juicio, y providencias consecutivas: acumulacion de autos, embargo de bienes, nombramiento de depositario.	Id.
	2.º Oposicion que puede hacer el concursado á la declaracion del concurso.	132
	5.º De la tramitacion del juicio de concurso, piezas	

	de que debe constar, y pasos que deben darse en cada uno.	134
4.º	Consecuencias del consentimiento, ó confirmacion de la declaracion del concurso. Convocacion de la primera junta. Formalidades que deben precederla y acompañarla. Eleccion de síndicos.	135
5.º	Cualidades y número de los síndicos, impugnacion de los nombramientos, sus facultades, derechos, emolumentos y deberes. .	137
6.º	De los trámites sobre la aprobacion de la cuenta de los síndicos: consecuencias del pago integro ó parcial de los créditos	140
7.º	De la pieza primera: entrega de los bienes concursados á los síndicos: venta de bienes: adjudicacion.	141
8.º	Pieza segunda. Juntas de reconocimiento y gradacion, tramitacion de las impugnaciones de sus acuerdos.	144
9.º	Tramitacion de las impugnaciones de los acuerdos de las juntas de reconocimiento. .	148
10	Junta de graduacion.	Id.
11	Impugnacion de los acuerdos de las juntas de graduacion.	151
12	Pieza tercera. Calificacion del concurso. .	155
13	Del convenio.	155
14	De los alimentos.	159
15	Rehabilitacion del concursado.	160
15	Del juicio ab-intestato.	161
	1.º Circunstancias que deben mediar para prevenir el juicio de <i>ab-intestato</i> , diligencias preliminares y demás medidas indispensables. .	165
	2.º Citacion por edictos: convocacion á junta. .	165
	3.º Reglas generales en el juicio de ab-intestato sobre formacion de piezas y otros extremos . . .	168
	4.º De las obligaciones del administrador y de su retribucion	169

Capítulos.	Páginas.
5.º Forma de la administracion: arriendos. Venta de bienes muebles	170
16 De las testamentarias	172
Del juicio voluntario de testamentaria, etc.	174
1.º Requisitos para promoverlo.	Id.
2.º Medidas subsiguientes.	Id.
3.º Períodos de las testamentarias y modo de proceder en ellos.	176
4.º Del primer período, ó sea del inventario.	177
5.º Segundo período. Del avalúo.	179
6.º Del tercer período, ó sea de la division.	184
7.º De las reglas comunes á los tres períodos anteriores del juicio voluntario de testamentaria, ó sea los de inventario, avalúo y division.	188
8.º Del juicio necesario de testamentaria	190
9.º De la administracion de las testamentarias	192
17 Del juicio de desauco.	195
1.º Competencia sobre la materia de desauco en general y sobre las reclamaciones que se entablen en diversos casos	195
2.º Modo de incohar la demanda: citacion, diversidad del procedimiento segun los casos.	196
3.º Providencia declaratoria del desauco en rebeldía, sus consecuencias, reclamaciones y tramitacion.	199
4.º Tramitacion del desauco cuando comparece el demandado.	201
5.º Id. cuando el desauco no se funden el cumplimiento del plazo estipulado.	202
18 Del modo de proceder en los retractos.	205
19 De los interdictos. Observaciones generales.	210
Competencia para los interdictos.	212
Del interdicto para adquirir.	215
De la tramitacion de este interdicto.	215
20 Del interdicto de retener.	219
21 Del interditos de recobrar.	225

	De la tramitacion cuando no se diere fianza.	227
	Observaciones sobre la diversa tramitacion del interdicho de recobrar.	228
22	Del interdicho de obra nueva.	229
25	Del interdicho de obra vieja.	254
24	Del juicio arbitral.	259
	1.º Personas que pueden comprometer en árbitros.	241
	2.º Asuntos que pueden someterse á arbitrazgo y cuáles no.	Id.
	3.º Circunstancias que debe tener el arbitrazgo para su validez: causas por las que cesa ó se suspende.	245
	4.º De la aceptacion del arbitrazgo.	246
	5.º De la recusacion de los árbitros y de los arbitradores.	247
	6.º Obligaciones de los árbitros y su responsabilidad.	248
	7.º Tramitacion del arbitrazgo: audiencia de las partes: prueba: modo de dirimir la discordia: sentencia.	249
	8.º Recursos que se conceden para la reforma de la sentencia arbitral, y modo de deducirlos.	255
25	Del juicio de amigables componedores.	256
	Razon del método.	259
26	De los recursos que concede la ley para evitar las apelaciones. De la peticion de aclaracion de sentencia. De la solicitud para que revoque por contrario imperio una providencia.	260
	De la aclaracion de sentencia	260
	De la solicitud para que se revoque por contrario imperio una providencia.	261
27	De la apelacion: término para interponerla: modo en que puede admitirse: su estado en el inferior y en el Tribunal Superior: tramitacion en general en la superioridad: negativa de la apelacion: apuntamiento: relatores: adhesion a la apelacion	265

Capitulos.	Páginas.
Primer punto—Término de las apelaciones	264
Segundo punto.—La manera con que podrán admitirse sus apelaciones y las consecuencias, ó sea de la forma de su admision: términos para comparecer en la superioridad	Id.
Tercer punto.—De la negativa de la apelacion y de sus remedios.	266
De las diligencias que deben practicarse en la audiencia apenas llegan los autos del inferior	267
Segundo estado de la apelacion.—Tramitacion en la superioridad.	268
Apuntamiento.	269
Relatores	271
Adhesion á la apelacion	274
28 De la tramitacion particular en los diferentes negocios de que puede conocerse en apelacion.	
Tramitacion en la segunda instancia en apelacion de providencia definitiva	276
Actuaciones permitidas en segunda instancia en apelacion de providencia definitiva	278
De los escritos en derecho	279
Segunda instancia en los juicios arbitrales	285
Tramitacion de la segunda instancia en apelacion de providencia interlocutoria	Id.
Tramitacion de la segunda instancia en los incidentes.	Id.
Id. de la segunda instancia en los juicios verbales.	284
Segunda instancia en los autos de menor cuantia	Id.
Tramitacion de la segunda instancia en los juicios ejecutivos	285
Tramitacion de la segunda instancia en los interdictos.	287
Segunda instancia en los desauicios.	289
Segunda instancia á virtud de apelacion de las sentencias dictadas en la ejecucion de otras	289
Tramitacion de la segunda instancia en la apela-	

	cion de sentencias sobre liquidacion de cantidades á virtud de un fallo ejecutorio	290
	Segunda instancia en los incidentes de pobreza.	291
	Incidentes en segunda instancia.	Id.
	Del recurso de nulidad en los pleitos de menor cuantia	Id.
	Ministro ponente	292
	De las vistas de los pleitos	293
	Negocios privilegiados para la vista	294
	Publicidad en las vistas	295
	Pasos posteriores á la vista y anteriores al pronunciamiento de las sentencias: votacion: discordias: redaccion de sentencias: reserva de votos: registro de sentencias y votos	296
	De las diligencias que deben practicarse despues de pronunciada la sentencia por los tribunales superiores.	304
	De las súplicas.	305
29	Del recurso de Casacion.	307
	1.º Qué se entiende por recurso de Casacion.	310
	2.º Contra qué sentencias y en qué pleitos procede, y méritos en que debe fundarse.	314
	3.º Del tribunal que debe conocer en el recurso de Casacion.	317
	4.º Dónde deben interponerse los recursos, por quién, dentro de qué término, requisitos de que deben ir acompañados, tramitacion para su admision.	319
	5.º De la interposicion de los recursos de Casacion por el ministerio fiscal.	325
	6.º De las apelaciones de la negativa del recurso de Casacion por el Tribunal Superior.—Su tramitacion.	328
	7.º De la tramitacion en el Tribunal Supremo de las apelaciones que se interpongan de la negativa del	Id.

Capítulos.	Páginas.
8.º De la reclamacion ante el Tribunal Supremo contra la admision del recurso de Casacion acordada por el Tribunal Superior.	529
9.º Ejecucion de las sentencias de que se hubiere interpuesto recurso de Casacion.	531
10. De la separacion del recurso que haga el apelante.	532
11. Tramitacion ante el Tribunal Supremo, cuando se admita el recurso por el Superior.	535
12. De la vista sobre las providencias de los tribunales superiores denegatorias del recurso.	538
13. De la vista en lo principal de los recursos de Casacion.	536
14. Sentencia del Tribunal Supremo, y declaraciones que debe contener.	538
15. Observaciones sobre puntos que se han omitido en nuestro concepto.	342
30 De los juicios en rebeldía.	345
1.º De las penas en que incurre y de las que se le imponen al litigante rebelde.	346
2.º De varios requisitos que se exigen en los juicios que se siguen en rebeldía.	350
3.º Qué efectos producirá la sentencia dictada en rebeldía, y condiciones que se exigen para ejecutarla.	351
4.º De los casos en que se niega, y de los en que puede concederse audiencia, y condiciones y requisitos que deben concurrir para esta concesion.	352
5.º Del tribunal que ha de conceder la audiencia.	353
6.ºCuál será la tramitacion si se concede la audiencia.	357
7.º Observaciones.	Id.
31 De la ejecucion de las sentencias, dictadas por tribunales y jueces españoles.	358
1.º Cuándo se debe proceder á la ejecucion de la sentencia.	359
2.º Cómo se ha de ejecutar la que contenga conde-	

	nacion de cantidad líquida.	559
	3.º Cómo se ejecutará la sentencia que contuviese una cantidad ilíquida.	560
	4.º Cómo se ejecutará la sentencia que contuviese condena de cantidad líquida é ilíquida.	565
	5.º Qué es lo que debe hacerse si la sentencia contuviere condena de hacer ó de no hacer.	
52	De las sentencias dictadas por tribunales y jueces extranjeros.	566

PARTE SEGUNDA.

1.º	De la jurisdiccion voluntaria en general, su naturaleza, objetos que comprende, su division, y reglas generales establecidas por la nueva ley.	579
2.º	De los actos de jurisdiccion voluntaria relativos á las personas.	586
	Depósito	Id.
	De los alimentos provisionales.	587
3.º	Del nombramiento de tutores y curadores, y del discernimiento de estos cargos.	592
	§. 1.º Del nombramiento de tutores.	595
	§. 2.º Del nombramiento de curadores para los bienes	595
	§. 3.º Del nombramiento de curadores ejemplares.	598
	1.º punto. Quién deberá hacer el nombramiento.	599
	2.º Qué deberá preceder á su nombramiento.	Id.
	3.º Quiénes deberán ser nombrados.	Id.
	4.º Qué deberá practicarse despues del nombramiento.	400
	5.º Qué despues del discernimiento.	401
	4.º Del nombramiento de curador para pleitos.	Id.

5.º Del discernimiento de los cargos de tutor y curador.	Id.
6.º Disposiciones comunes á las secciones anteriores.	404
7.º De las habilitaciones para comparecer en juicio.	406
4.º Del suplemento del consentimiento de los padres ó curadores para contraer matrimonio.	Id.
5.º De los actos de jurisdiccion voluntaria con respecto á los bienes.	410
§. I.—Del deslinde y amojonamiento.	Id.
1.º Del juez competente para el deslinde.	412
2.º De la solicitud para verificarlo, providencia del juez y sus consecuencias.	Id.
3.º La manera con que debe ejecutarse, particularidades que pueden ocurrir, y de lo que puede hacerse para que se conserve este acto.	415
4.º De cuando hubiere conformidad, y asimismo de cuando sobreviniere oposicion.	414
§. II.—De las subastas voluntarias.	416
§. III. De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transaccion sobre sus derechos.	418
1.º Qué bienes no podrán venderse sin licencia judicial	419
2.º Requisitos necesarios para concederla, y condiciones con que debe otorgarse.	419
3.º Forma de la venta.	420
4.º Disposiciones relativas al precio que produjere.	421
5.º Circunstancias que se exigen para aprobar una transaccion, y manera de conceder la autorizacion.	422
6.º Observacion sobre las permutas.	Id.
6.º De los actos de jurisdiccion voluntaria concernientes á documentos.	425
§. I.—Del modo de elevar á escritura el testamento hecho de palabra.	Id.
1.º Quién puede promover la adveracion.	425
2.º Qué diligencias son necesarias para la adveracion	Id.
3.º Providencia que debe dictar el juez.	426
§. II. De la apertura de los testamentos cerrados.	427

	428
1.º Disposiciones anteriores á la apertura.	428
2.º Disposiciones relativas á la apertura y posteriores.	429
3.º Observaciones acerca de una duda que puede ofrecerse.	450
7.º De los actos de jurisdiccion voluntaria relativos á hechos	452
I.—De las informaciones para dispensa de ley	455
Disposiciones especiales	455
II.—De las informaciones para perpétua memoria.	456
8.º Apéndice	440
I.—De la adopcion y de la arrogacion	Id.
1.º De la adopcion especial.	441
2.º De la arrogacion.	441
II.—De la emancipacion	442
III.—De la consignacion	455
IV.—De las diligencias que deben practicarse para que un loco que tiene lúcidos intervalos pueda testar.	444
V.—Del trasunto de los instrumentos.	445
VI.—De otras informaciones diferentes de las que se hacen para dispensa de ley y perpétua memoria.	446
Rectificacion	447





ERRATA.

En la página 416, donde dice *repereri*, debe decir *repererit*.

Dejamos la corrección de las demás erratas al buen juicio de nuestros lectores.

