

cuestion principal ó recaiga sobre incidente promovido en un estado del pleito en que no tenga ya éste otra tramitacion que la ejecucion de la sentencia apelada, deberán remitirse los autos originales al Tribunal Superior, reservándose en el juzgado testimonio para su cumplimiento. Pero cuando la providencia no termine la cuestion principal sino que esta ha de seguir sustanciándose segun su estado, á pesar de la apelacion entablada, no se remitirán los autos originales, sino que se entregará al apelante el testimonio de que habla el párrafo 2º del citado art. 71.

Mas, la regla general consignada en el párrafo 1º del artículo que examinamos no es absoluta; no siempre hay precision de retener testimonio para ejecutar la sentencia; segun los arts. 729 y 736, la remesa de los autos al Tribunal Superior se hará despues de haberse ejecutado la sentencia en que se otorgue la restitucion en el interdicto de recobrar, menos en la condena de costas, devolucion de frutos ó indemnizacion de perjuicios; y segun el 744 tampoco tendrá lugar la remesa hasta que se haya ejecutado la sentencia en que se ratifique la suspension de la obra en el interdicto de obra vieja: por manera que en estos tres casos no hay necesidad de testimonio, toda vez que la sentencia ha de ejecutarse antes de remitirse los autos al Tribunal Superior.—Pero cuando el testimonio proceda con arreglo al art. 71, ¿qué particulares deberá contener? ¿Dentro de qué tiempo deberá sacarse? El mencionado artículo solo dice “que se retendrá en el juzgado testimonio de lo necesario de los autos.” Estas palabras manifiestan que al Juez, sin intervencion alguna de las partes, corresponde únicamente apreciar los particulares que estime *necesarios* para llevar á efecto la sentencia; y seguramente nadie mejor que él, que es quien ha de ejecutarla, podrá determinar lo que es absolutamente preciso para el objeto que expresa la Ley; en algunos casos bastará solo testimonio de la sentencia, como en el previsto por el art. 908; en otros será indispensable testimoniar ciertos particulares que conduzcan al fin indicado. Los Jueces deberán siempre obrar con suma prudencia en este punto, procurando causar los menos gastos posibles á las partes, pero reservándose al mismo tiempo los antecedentes *necesarios* para no encontrar dificultad alguna en la ejecucion de la sentencia.—No prefiere la ley el término que tendrá el escribano para sacar dicho testimonio; y como no es posible suponer que sea ilimitado, el Juez deberá señalarlo atendiendo á la entidad y naturaleza de los extremos que ha de comprender: si no lo hiciere, las partes estarán en su derecho pidiéndolo, y el Juez deberá decretarlo.

Al hacernos cargo de las apelaciones admitidas en ambos efectos, sentamos como regla general que los Jueces debian remitir los autos al Tribunal Superior dentro de segundo dia; en el caso que examinamos preceptúa la Ley que se haga *en seguida*. ¿Y por qué esa diferencia? Porque teniendo en consideracion el legislador el tiempo trascurrido mientras se saca el testimonio que ha de retener el juzgado, quiere evitar toda otra dilacion, que seria ya injustificada: por eso preceptúa que se haga en seguida la remesa de los autos; esto es, al momento que se libre dicho testimonio, entendiéndose siempre previa citacion y emplazamiento de los procuradores de los litigantes.

Supongamos que no es sentencia definitiva, sino providencia interlocutoria la apelada, y cuya apelacion se haya admitido en un solo efecto; como los autos han de continuar sustanciándose, no deben remitirse originales al Tribunal Superior; y para que el apelante pueda hacer uso del recurso entablado, preceptúa el mencionado art. 71, pár. 2º, que se facilite testimonio de lo que señalare de los mismos autos. Desde luego se notará el fundamento en que se apoya la diversidad de principios consignada en cada uno de los dos párrafos del artículo que examinamos: en el primero solo se trata de ejecutar una sentencia, y al Juez que la ha de ejecutar es á quien incumbe determinar lo que necesite para llenar su cometido; pero en el caso en cuestion va abrirse un nuevo juicio sobre la providencia del Juez inferior; el Tribunal Superior ha de re-

visar lo que aquel ha mandado, y nadie mejor que la parte misma agraviada, á cuya costa ha de sacarse el testimonio, es la que debe decir los elementos, los antecedentes que necesita para justificar en la alzada esos agravios de que se queja. Pero como no es solo el apelante el que tiene derecho á recurrir á la Audiencia, sino que al apelado asiste igual derecho para que se confirme la providencia; y como el primero podria solo señalar los particulares que le fueran favorables, omitiendo los que le perjudicasen, la nueva Ley ha prevenido acertadamente que el apelado designe tambien las adiciones que en su concepto deban hacerse para que el testimonio tenga la suficiente instruccion. Sin embargo, este último, con el deseo de causar gastos innecesarios al apelante, podria maliciosamente señalar algunos antecedentes que no condujeran á la cuestion; y para evitar tales inconvenientes, la Ley quiere al mismo tiempo que el Juez los repute necesarios.

De la doctrina que acabamos de esplanar con arreglo al precepto terminante del artículo 71, se deduce que la tramitacion que deberá observarse en este caso es la siguiente: el apelante, en el mismo escrito en que interponga la apelacion, deberá señalar las diligencias que en su concepto han de testimoniarse; si no lo hiciera en dicho escrito, el Juez, en el mismo auto que admita el recurso en un efecto, debe mandar que haga dicho señalamiento dentro de un breve término, que no ha de pasar de tres dias; dará luego traslado al apelado por un término igual para que designe las adiciones que crea oportunas, y en vista de ambas pretenciones determinará los particulares que ha de comprender dicho testimonio, estando facultado para denegar y resistir los extremos que crea impertinentes, pues segun la Ley deben solo testimoniarse los que él crea *necesarios* para el objeto de la apelacion.—¿Dentro de qué término deberá sacar el escribano dicho testimonio y ser entregado al apelante? La Ley no lo determina, y ciertamente no es posible creer, ni podrá sostenerse en buenos principios, que sea ilimitado el tiempo que haya para ello. Deberemos recurrir á la antigua jurisprudencia en la que eran conocidos estos testimonios, para aplicar aquella doctrina al caso presente. Segun la Ley 26, tít. 23, Part. 3ª, dicho testimonio debia darse al apelante dentro de tres dias despues que fuese admitida la apelacion, bajo la pena de pagarle el Juez las costas y daños que se ocasionaran por su retardo. Si trascurria dicho término y las gestiones de la parte no eran bastantes para obtener el testimonio, podia acudir en queja al Tribunal Superior, quien despachaba Real Provision ordenando al Juez que lo mandase dar, y al escribano que se lo diese dentro del breve término que se le designe, bajo apercibimiento. Si apesar de esta provision no se daba el testimonio en el término señalado, mandaba dicho Tribunal Superior, á instancia del apelante, librar sobre-carta ó nuevo despacho á costa del Juez ó Escribano que hubiese causado la dilacion.—Lo mismo deberá practicarse ahora, entendiéndose los tres dias, no desde que se admitió la apelacion, sino desde el dia siguiente al de la notificacion del auto en que el Juez determina los particulares que debe comprender el testimonio y ordena al escribano que lo libre.

Tal vez se pregunte, ¿por qué cuando la apelacion se admite en ambos efectos, ó cuando admitida en uno solo, procede de sentencia definitiva, se remiten por el Juez los autos al Tribunal Superior, y no se hace lo mismo con el testimonio de que hemos hablado? Porque en el primer caso no seria prudente entregar los autos originales á la parte, á fin de evitar los inconvenientes de un extravío accidental ó malicioso, que perjudicaria notablemente el derecho del colitigante á cuyo favor se habia dictado la sentencia. Mas en el segundo, como los autos originales quedan en el juzgado, ningun cuidado puede ofrecer la pérdida ú ocultacion del testimonio, mayormente cuando nadie mas interesado que el mismo apelante en conservarlo y presentarlo en tiempo ante el Tribunal Superior para que no se declare consentida la providencia apelada, al tenor de lo dispuesto en el art. 72 de que vamos á ocuparnos.

Preceptúa dicho artículo, que del testimonio de que hemos hablado, deberá hacerse uso, mejorando la apelacion en el Tribunal Superior, dentro de los veinte dias siguientes al en que se hubiese hecho la entrega de él al apelante. A primera vista parece que existe contradiccion entre este artículo y el 840 y siguientes: la tramitacion que marcan estos en la alzada, de providencias interlocutorias, no consiente la presentacion de ningun escrito; formado que sea el apuntamiento, se entregan los autos por su orden á las partes con el único objeto de que se instruyan sus letrados. ¿Cómo, pues, ha de presentar el apelante el testimonio *mejorando la apelacion*? Recordemos la práctica antigua anterior al Reglamento provisional y se verá que no existe esa contradiccion: si dicho Reglamento, y la práctica introducido con ese motivo confundió el escrito de *mejora* con el de *agravios*, la jurisprudencia antigua los habia deslindado de una manera inequívoca. Cuando el apelante se personaba en el Tribunal Superior haciendo presentacion del testimonio, insistia en la apelacion que habia interpuesto ante el inferior y solicitaba que se despachara Real Provision para que remitiese los autos originales ó en compulsa, este escrito era el de *mejora*; entonces se decia con propiedad que *mejoraba la apelacion*, porque si no daba este paso perjudicaba su derecho y se esponia á que se declarase desierta la apelacion. Abolido este sistema por el Reglamento provisional, no cabia ya en rigor escrito de mejora, sino de *alegacion de agravios*, que era en lo que consistia la pretension del apelante, cuando personado en el Tribunal Superior se le hacia entrega de los autos ó de su compulsa. La nueva Ley ha vuelto al sistema antiguo en las apelaciones de providencia interlocutoria: no procede en ellas el escrito de agravios, porque es diferente la tramitacion que determina el art. 840 y siguientes, pero sí el de *mejora*, esto es, el escrito en que el apelante presente el testimonio que se le haya entregado, pues de otra manera no podria sustanciarse el recurso entablado: así se deduce tambien del contenido del art. 73. En dicho escrito debe el recurrente hacer una breve reseña de la interposicion de la apelacion y de su admision, acreditando estos extremos con la presentacion del referido testimonio, y despues de insistir de nuevo en el recurso, terminar con la súplica de que, habiéndole por comparecido en tiempo, y por presentado el testimonio, se proceda á la sustanciacion de la apelacion con arreglo á la Ley. El Tribunal accederá á ello, pasando en seguida las diligencias al relator para formar el apuntamiento, conforme se determina en el art. 837, en donde esplanaremos con mas detencion esta materia. (Véanse los *Formularios* del título correspondiente á las *Apelaciones*.)

El art. 72 que comentamos preceptúa, que del testimonio debe hacerse uso dentro de los veinte dias siguientes al en que se hubiese hecho entrega de él al apelante, y que trascurrido este término sin haberse mejorado el recurso, queda de derecho consentida la providencia, sin necesidad de ninguna declaracion. Necesario era fijar al apelante un plazo para que dentro de él pudiese llevar adelante la apelacion entablada: los derechos que nacen de una declaracion hecha en una providencia, no pueden ni deben quedar inciertos indefinidamente, y por esta razon el legislador ha tenido necesidad de señalar ese término de un modo claro y preciso para que no se alegue ignorancia. En el antiguo sistema de mejorar las apelaciones, tanto el apelante como el apelado tenian un plazo determinado para personarse ante el Tribunal de alzada, que era el que prefijaba el mismo juez, ó el que en su defecto determinaba la Ley. Las partidas preceptuaron que el apelante debia seguir la apelacion al plazo que prefiera el Juez, y no señalándolo este, dentro de dos meses (1): el Ordenamiento de Alcalá (2) dispuso que el apelante debia presentarse ante el Tribunal Superior dentro del plazo que le hubiese

1. Ley 23, tít. 23, Part. 3.

2. Ley 3, tít. 20, lib. 11, Nov. Rec.

designado el inferior; y si este no lo hubiese hecho, dentro de cuarenta si fuese allende los puertos, de quince si aquende los puertos, de nueve si fuese del término y jurisdiccion de la villa, y de tres si de la misma villa, contándose desde que fué admitida la apelacion: los dos primeros plazos de cuarenta y de quince dias fueron despues confirmados por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid (1), sin que el Reglamento Provisional introdujese novedad alguna en este punto. La nueva Ley ha notificado las disposiciones de la antigua jurisprudencia, fijando un mismo plazo de *veinte dias* para la comparecencia ante el Tribunal Superior de todas las apelaciones de providencias interlocutorias admitidas en un efecto: la facilidad y prontitud con que hoy dia se hacen las comunicaciones, abona la unidad de tiempo que comprende el art. 72 que comentamos. Nótese que el término de veinte dias comienza á contarse desde el siguiente al en que se hizo entrega del testimonio al apelante, y como improrogable (art. 20, número 6°), trascurrido que sea sin haberse mejorado el recurso, queda consentida la providencia sin necesidad de ninguna declaracion. Este precepto supone en el escribano la imprescindible obligacion de estender en los autos una diligencia espresiva del dia en que entrega al apelante el testimonio, notificándola tambien al apelado para que sepa desde cuando comienza á correr el término, y pueda personarse ante la superioridad á usar de su derecho.

La doctrina que comprende el art. 72, y que hemos explicado anteriormente, ¿es aplicable tambien á la comparecencia por razon de apelacion admitida en ambos efectos, ó que siéndolo en uno solo, procede de sentencia definitiva, en cuyos dos casos se remiten originales los autos al Tribunal Superior? De la esplanacion y resolucion de esta duda nos ocupamos al final del comentario á los arts. 73 y 74. (Véase).

Réstanos hacer una indicacion antes de terminar este párrafo: la nueva Ley no marca una misma tramitacion para toda clase de apelaciones. Teniendo en cuenta la naturaleza de los juicios y la clase de las providencias que pueden ser objeto de dicho recurso, ha fijado prudentemente disposiciones particulares, que si muchas veces son parecidas, se apartan, sin embargo, en algunos de sus detalles. Dejando para sus lugares oportunos el exámen de dichas disposiciones, creemos que será de alguna utilidad hacer una ligera indicacion de los puntos y artículos en que determina, para cada clase de juicios y providencias, la sustanciacion que ha de observarse en las respectivas apelaciones, á saber:

Apelaciones de providencias imponiendo correcciones disciplinarias.—Artículo 47 y su comentario.

Id. en el juicio de desaucao.—Arts. 660, 655 y 671.

Id. en los retractos.—Art. 687.

Id. en los interdictos.—Art. 760 y siguientes.

Id. en el juicio arbitral.—815.

Id. en el juicio ordinario.—837 y siguientes.

Id. de sentencias sobre liquidacion de cantidades, cuya importancia no se haya fijado en las ejecutorias.—Arts. 919 á 921.

Id. en el juicio ejecutivo.—Art. 1001 y siguientes.

Id. procedentes de negacion de recurso de Casacion.—Art. 1072 y siguientes.

Id. en pleitos de menor cuantía.—Art. 1153 y siguientes.

Id. en juicios verbales.—Art. 1177 y siguientes.

III.

La consecuencia ordinaria de la admision de una apelacion en ambos efectos es, como ya se ha indicado antes, la de suspenderse la ejecucion de la providencia ó sentencia

1. Ley 4, tít. 20, lib. 11, Nov. Rec.

hasta que recaiga su confirmacion (art. 70), quedando privado el Juez inferior de poder practicar nada en los autos, los cuales deberá remitir dentro de segundo dia al Tribunal Superior. Pero supongamos que en vez de abstenerse de conocer en el negocio ejecuta en todo ó en parte la providencia apelada, ¿qué recurso le quedará al litigante agraviado? Contra este atentado (así lo califica la jurisprudencia antigua) no concede la nueva Ley ningun recurso extraordinario: las de Partida preceptuaron "que si el Juez dá la alzada fallase que alguna de las cosas del pleito es traspuesta por mandamiento del primer juzgador, ó mudada del estado en que solia ser á la razon que tomaron el alzada, que la debe facer tornar en su lugar (1)." En virtud de este precepto, la jurisprudencia habia adoptado dos medios para hacer que el Juez repusiera las costas al estado que tenian antes: el uno era presentar la reclamacion ante el mismo Juez *á quo*, y si accedia á ella, se ejecutaba desde luego sin que se admitiese la apelacion de esta providencia á la parte contraria, porque esta reposicion se consideraba de igual naturaleza que la restitution que se otorgaba al despojado. Pero si el Juez se negaba á ello, ó si los autos radicaban ya en el Tribunal Superior, el recurso se entablaba ante éste, sustanciándose en la forma que indica Elizondo (2).

Si en otro tiempo pudo ser frecuente el que los Jueces cometiesen ese atentado, cuando la apelacion se mejoraba ante el Tribunal Superior, hoy con dificultad podrá presentarse, porque ningun Juez querrá esponerse á sufrir una condenacion de costas y el aperebimiento que es consiguiente. Pero dada la posibilidad de que pueda ocurrir alguna vez, conveniente será indicar lo que deberá hacerse con arreglo á los principios consignados en la nueva Ley. Notificada que sea la providencia en que el Juez mande ejecutar en todo ó en parte la que haya sido admitida en ambos efectos, deberá pedirse reposicion dentro de tercero dia, y si se denegare, podrá apelarse dentro de un término igual (art. 65). Si la providencia no fuese notificada, ó el atentado se cometió radicando ya los autos ante el Tribunal Superior, deberá interponerse la reclamacion ante este por medio de un otrosí en el escrito de agravios, ó en solicitud separada si el atentado se ha cometido despues, espresando que el Juez, á pesar de haber admitido la apelacion en ambos efectos, procedió á ejecutar esta ó la otra cosa, por lo que solicita que ante todo, se revoque por vía de atentado lo hecho é innovado indebidamente, con espresa condenacion de costas: dada audiencia á la parte contraria, si se hubiese personado, por un término que no debe exceder de tres dias, se traerán los autos á la vista, y si resulta justificado el recurso, se revoca por vía de atentado todo lo hecho por el inferior despues de interpuesta la apelacion, mandando á este que reponga las cosas al ser y estado que tenian antes, condenándole en las costas, á cuyo efecto se despachará la correspondiente Real provision, cuyo cumplimiento acreditará la parte con testimonio que debe presentar en el curso del pleito principal.

ARTÍCULO 73.

Si la providencia, cuya apelacion haya sido admitida en un solo efecto, fuere interlocutoria, tambien podrá pedir el apelante, al presentar el testimonio que se le haya facilitado para la sustanciacion del recurso, que se la declare admitida libremente y en ambos efectos.

Si así lo estimare la Audiencia, despues de haber oido 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.

1. Ley 27, tit. 23, Part. 3ª

2. *Práctica Universal*, tomo 6º, Part. 1ª, cap. 8º, núm. 8.

ARTÍCULO 74.

Quando fuere admitida en un efecto apelacion 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 librará orden al Juez inferior para que suspenda la ejecucion de la sentencia.

Los Jueces inferiores pueden causar perjuicio á las partes restringiendo ó ampliando los efectos de las apelaciones: si procediendo en ambos, al tenor de lo dispuesto en la Ley, las admiten en uno solo, el apelante siente un verdadero gravámen, toda vez que debiendo ejecutarse la providencia, podrian ser irreparables muchos de los daños que con este motivo se le ocasionaran. Cuando se admite en ambos efectos procediendo en uno solo, la parte apelada sufre el perjuicio consiguiente á la dilacion que experimenta el cumplimiento de la sentencia: haciéndose quizás difícil conseguir despues por completo el reintegro de sus derechos. Estas consideraciones demuestran la necesidad de otorgar un recurso para estos casos. Las leyes antiguas guardaron silencio sobre este punto; pero la práctica se encargó de suplir este vacío, si bien la falta de reglas fijas hizo que no fuera uniforme en todos los Tribunales. La mas comunmente observada era alzarse de la providencia en que se otorgaba la apelacion en uno ó en ambos efectos, y los Tribunales Superiores, atendiendo á la urgencia de decidir pronto esta cuestion incidental, solian de plano y sin audiencia de la parte contraria resolver lo que creian procedente; aunque despues se introdujo la práctica de oír al apelado por un término breve, aplicando á los negocios comunes lo que preceptúan los arts. 416 y 417 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, con respecto á los de comercio.

Reconociendo la nueva Ley ese mismo vacío, ha tratado de llenarlo consignando las disposiciones que comprenden los artículos que preceden á este comentario. Pero nótese que en ellos solo habla de un caso, esto es, del en que se hubiera admitido en un efecto apelacion de providencia que procediera en ambos; y bajo de este supuesto, aceptando los mismos principios consignados en el art. 71, distingue si la apelacion procede de providencia interlocutoria, ó de sentencia definitiva, puesto que es diferente la manera de comparecer ante el Tribunal Superior: para el primer caso dispone el art. 73, que al presentar el apelante el testimonio que se le haya facilitado para la sustanciacion del recurso, pueda pedir que se declare admitida la apelacion en ambos efectos; y para el segundo, esto es, cuando sea de sentencia definitiva, previene el art. 74 que pueda hacer igual solicitud luego que se hayan remitido los autos á la Audiencia. ¿Ha querido la Ley con estos preceptos reformar y revocar la antigua jurisprudencia? De ninguna manera; lo que ha hecho es abrir un nuevo camino legal, ya conocido de aquella, para reparar el agravio inferido á la parte: pero este recurso extraordinario, ni se opone ni menos embaraza el ordinario que determina el art. 65, porque la equidad y la justicia aconsejan no utilizar los remedios dilatorios y extraordinarios, sino cuando no basten los ordinarios que las mismas leyes conceden. Así, pues, cuando el Juez haya admitido en un efecto una apelacion procedente en ambos, lo que ante todo debe hacer el litigante perjudicado es pedir reposicion de la providencia dentro de tres dias, y si esta pretension fuere denegada, ora apele de ella ó no, le quedará abierto el remedio que consignan los arts. 73 y 74 que examinamos. Si la apelacion procede de providencia interlocutoria, deberá precisamente utilizarlo al presentar el testimonio que se le haya facilitado con arreglo á lo dispuesto en el art. 71; si de sentencia definitiva, luego que se hayan remitido los autos al Tribunal Superior, cuya frase supone que puede hacerse hasta la alegacion de agravios: esta cuestion incidental debe resolverse antes que el negocio principal.