

cha hipoteca judicial lleva en sí la prohibición absoluta de vender, gravar ú obligar los inmuebles en que se cause, como ya hemos dicho. Sin embargo, como el art. 71 de la Ley hipotecaria, posterior á la de Enjuiciamiento civil, previene que "los bienes inmuebles ó derechos reales anotados podrán ser enajenados ó gravados; pero sin perjuicio del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotación," creemos debe estarse á esta disposición, y mas cuando ningun perjuicio se sigue al litigante, á cuyo favor se constituyó la hipoteca judicial. Si el dueño de tales bienes los enajenase ó gravase como libres, incurrirá en la responsabilidad criminal marcada en el art. 455 del Código penal.

Concluirémos indicando que, aún cuando un litigante se haya constituido en rebeldía, ni la retención ni el embargo podrán decretarse despues que, cesando en ella, haya comparecido en los autos, como puede hacerlo en cualquier estado del juicio, segun veremos en el siguiente comentario. En cuanto á la duración de la retención y embargo, y casos en que deben alzarse, véase el art. 1188, cuya colocación parecia en nuestro concepto, mas oportuna á continuación del 1186.

## ARTICULO 1187.

*Qualquiera 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 sustanciación, sin que esta pueda en ningun caso retrogradar.*

Es notoria la justicia de esta disposición y claro su contesto. Si solo por una ficción legal pueden los estrados representar la persona del litigante rebelde, luego que éste comparezca debe cesar la ficción y admitirse la representación natural. Ni la equidad ni la justicia podían cerrar para siempre las puertas del juicio al litigante contumaz. Por estas consideraciones se manda, de acuerdo con la práctica antigua, que cualquiera que sea el estado del pleito en que comparezca el litigante rebelde, sea admitido como parte y se entienda con él la sustanciación. Mas, para no favorecer la mala fé y evitar perjuicios á la otra parte, se ordena asimismo con notoria justicia que en ningun caso puede aquella retrogradar; de suerte que el litigante rebelde tiene que aceptar el juicio en el estado en que se halle cuando comparece, utilizándose solo para su defensa de los trámites que resten, si bien con la ventaja, respecto á la prueba, que le concede el art. 1192. Y esto ha de tener lugar en todo caso, modificándose así convenientemente la práctica antigua, que, fundada en la ley 11, tít. 7º, Part. 3ª, concedía la reposición del pleito al estado de contestación cuando el demandado rebelde alegaba y probaba que no habia comparecido por no haber tenido noticia del emplazamiento, ó por habérselo impedido una fuerza mayor, como enfermedad, inuidaciones, etc.

Aunque es claro el contesto del artículo que estamos comentando, creemos, sin embargo, que sobran en él las palabras "durante la primera instancia." ¿Querrá significarse con ellas que solo cuando el litigante rebelde comparezca durante la primera instancia, podrá ser admitido como parte, y entenderse con él la sustanciación? Así aparece é primera vista; pero tal interpretación es opuesta á lo que disponen terminantemente otros artículos: véanse, si no, el 1192 y 1042, segun los cuales, en cualquier estado del juicio, aun despues de la primera instancia, en que comparezca el litigante rebelde debe ser tenido como parte; pero sin retroceder nunca en la sustanciación. Esta es la práctica general; y así debe entenderse, en nuestro concepto, el artículo que comentamos, no obstante las palabras antedichas, cuyo objeto no comprendemos.

Y la admisión como parte del litigante rebelde en cualquier estado del juicio, no tiene ni puede tener otro objeto que el de permitirle las excepciones ó medios de defensa que le asistan, y sean compatibles con el estado del procedimiento. Así, pues, no podrá proponer excepciones dilatorias en forma de tales; pero podrá alegarlas, lo mismo que las perentorias, en cualquiera de los escritos que aun permita el estado del juicio; y si no, en el acto de la vista. En cuanto á la prueba, véase el comentario del artículo 1192.

## ARTICULO 1188.

*La retención y embargo de bienes que se hubieren practicado á consecuencia de la declaración en rebeldía, continuarán hasta el fin del juicio.*

*Esceptuase el caso en que el litigante rebelde justificare cumplidamente que una fuerza mayor, y que no habia estado á su alcance vencer, le impidiere comparecer en el juicio. Hecha esta justificación, se alzará la retención y el embargo.*

## ARTICULO 1189.

*La solicitud que sobre dicho alzamiento se dedujere, se considerará como un incidente, que deberá sustanciarse en ramo separado y sin que se detenga por él el seguimiento de la demanda principal.*

Estos dos artículos son el complemento de lo que disponen el 1184 y los dos que le siguen. Ya hemos visto que, segun estos, luego que un litigante haya sido declarado en rebeldía, puede la otra parte pedir la retención y embargo de sus bienes hasta en cantidad suficiente á cubrir lo que sea objeto de la demanda; y ahora se ordena en el 1188, que esta retención y embargo continuarán hasta la conclusión del juicio. Así debia ser, puesto que se practicaron para asegurar las resultas de este. De consiguiente, si es absuelto el rebelde, en la misma sentencia se mandará que se alce la retención ó el embargo, espidiéndose al efecto el oportuno mandamiento; y si fuere condenado, los bienes embargados ó retenidos servirán para el cumplimiento de la sentencia, cuando pueda ejecutarse conforme al art. 1204, ya vendiéndolos por los trámites del 893 para hacer pago al demandante, ya entregándolos á este si se hubieren declarado de su pertenencia.

Pero el mismo artículo 1188 establece una excepción justa á la regla general antedicha de que la retención y el embargo han de continuar hasta la conclusión del juicio: esta excepción es para "el caso 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." Nótese que no basta una fuerza mayor cualquiera, sino que es necesario sea tal que no haya podido vencerla el litigante rebelde, dando así la definición de lo que ha de entenderse aquí por fuerza mayor, definición que está de acuerdo con lo que ordenaron las leyes de Partida (1) para que el demandado, que no compareciese dentro del término del emplazamiento, no incurriese en la pena de los rebeldes. Estas leyes citan como casos de fuerza mayor, una grave enfermedad; "embargo en el camino por llenas de rios, ó de grandes nieves ó de otra tempestad; ó si lo embargasen ladrones ó enemigos conocidos . . . , de manera que non ossase venir, á menos de peligro de muerte; ó si fuese preso, ó embargado por alguna otra razon semejante destas." Estas mismas causas y otras análogas, como una revolución, guerra, epidemia, etc., podrán hoy alegarse por el litigante rebelde para escusarse de su falta

1 Leyes 11, tít. 7º, y 12, tít. 23, Part. 3ª.

de comparecencia, y que se alce la retencion ó el embargo que se hubieren decretado en pena de su rebeldía. No le valdrá para este efecto el alegar que no habia llegado á su noticia el emplazamiento, puesto que no se comprende esta causa en la disposicion que comentamos; pero bien podrá pedirse la nulidad de todo el procedimiento, y de consiguiente la de la retencion ó embargo, cuando aquel no hubiere sido hecho en legal forma.

La apreciacion de si la fuerza mayor, alegada por el litigante rebelde, fué de tal naturaleza que no habia estado á su alcance vencerla, no puede menos de dejarse al prudente juicio de los tribunales. Pero es necesario que el litigante la justifique *cumplidamente*, ó con prueba plena. Y no bastará probar que la fuerza mayor existió durante el término del emplazamiento: será necesario justificar además, que no dejó de existir hasta que aquel compareció en el juicio, como para caso análogo lo ordena el art. 1194. Si dejó de existir la fuerza mayor, y sin embargo el litigante no acudió á personarse en los autos, desde aquel momento se constituye en verdadera rebeldía, y no puede acogerse á la escepcion antedicha.

La justificacion de la fuerza mayor en la forma dicha no puede producir en este caso otro efecto que el de que se alcen la retencion ó embargo de bienes, que se hubieren verificado para asegurar lo que sea objeto del juicio; no el que se reponga el procedimiento, puesto que éste no puede retroceder en ningun caso, segun el precepto terminante del art. 1187. La solicitud, que á dicho fin se deduzca, ha de considerarse como un incidente, que se sustanciará en ramo separado, y sin que se detenga por él el seguimiento de la demanda ó juicio principal (art. 1189.) Este incidente es de los comprendidos en el art. 340.

Para la formacion de la pieza separada se observará lo que dispone este mismo artículo, y hemos espuesto en su comentario del tomo 2º; y el incidente se sustanciará por los trámites establecidos en los arts. 342 al 350, teniendo tambien presente lo que ordena el 889 y siguiente para el caso de que se promueva durante la segunda instancia.

#### ARTICULO 1190.

*La sentencia definitiva que se pronunciare en cualquier juicio seguido en rebeldía, además de notificarse en los estrados del Tribunal ó Juzgado que le 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 tambien la sentencia definitiva en la Gaceta de Madrid.*

#### ARTICULO 1191.

*De la misma manera se publicará en el Boletín y en la Gaceta de Madrid en su caso, la sentencia definitiva de la segunda instancia además de notificarse en estrados y de hacerse notoria por medio de edictos.*

Las disposiciones de estos dos artículos son aplicables á toda clase de juicios seguidos en rebeldía, y no pueden ofrecer dificultad en su ejecucion. La sentencia definitiva, así de primera como de segunda instancia, dictada en rebeldía, ha de notificarse en la forma que previenen los arts. 1182 y 1183, y además ha de publicarse en los *Diarios oficiales*, si los hubiere en el lugar del juicio, y en el *Boletín oficial* de la provincia, y tambien en la *Gaceta de Madrid*, cuando á juicio del Juez ó Tribunal lo exijan las circunstancias del caso. Esta mayor publicidad tiene sin duda dos objetos: primero, facilitar los medios de que la sentencia llegue á noticia del litigante rebelde; y se-

gundo, fijar un punto de partida para hacer uso del derecho que conceden los arts. 1194 y sigs., de reclamar contra la ejecutoria. Sin embargo, creemos hubiera sido mas conveniente, bajo todos conceptos, notificar la sentencia en persona al litigante rebelde, cuando constase su paradero, como lo ordena el art. 161 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil.

Y ya que estamos hablando de las sentencias dictadas en rebeldía, nos haremos aquí cargo de algunos puntos relativos á ellas, que ha pasado en silencio la nueva Ley. Aunque la ley 1ª, tít. 6º, libro 11 de la Nov. Rec. dice que el rebelde sea habido por confeso, no puede inferirse de aquí que el actor en tal caso no esté obligado á probar su accion. Dicha ley se refiere al demandado que se obstina maliciosamente en no contestar, confesando ó negando la demanda, pero no al que se constituye en rebeldía, no compareciendo en el juicio. Para este último caso, que es el de que tratamos, las leyes y la jurisprudencia imponen al demandante la obligacion de probar cumplidamente su accion, y si no la probase, deberá ser absuelto el demandado, no obstante su rebeldía, si no condenándole en las costas, pues en todo caso debe sufrir esta condena en pena de su contumacia (1). Todas las leyes de esta cita son terminantes sobre este punto; pero especialmente lo es la 10, título 22 de la Partida 3ª. Hablando de lo que debe hacerse cuando el demandado elija la *via de prueba*, dice: "E si non viniere (el demandado á seguir el pleito), debe (el Juez) catar los actos que pasaron en aquel pleito, ó si fallare en ellos que el demandador haya probado claramente su intencion, debe dar su juicio contra el demandado, é condenarlo en la demanda, maguer non sea delante. E si por ventura el Judgador entendiere, que por los actos non prueba el demandador bien su demanda... debe dar por quito al demandado é condenarlo en las costas, porque fué desobediente en non venir ante él."

Es indudable que el litigante rebelde puede apelar de la sentencia de primera instancia. Esto supuesto, ¿desde cuándo principiarán á contarse los cinco dias para interponer la apelacion? Creemos que desde el dia en que se publique la sentencia en el *Boletín* de la provincia, puesto que segun los arts. 1195, 1196 y 1198, desde esta fecha empieza á correr el término para pedir audiencia contra la ejecutoria dictada en rebeldía, en los casos en que procede. No apelando, causará ejecutoria la sentencia de primera instancia, y producirá los efectos que esplicaremos en los comentarios de los arts. 1193 y sigs.

Indicaremos, por último, que en el caso de haber fallecido el demandado contumaz durante la sustanciacion del juicio, para que la sentencia pare perjuicio á sus herederos, será necesario que se les haya emplazado, haciéndoles saber el estado de los autos para que salgan á su defensa, si les conviniere, continuándolos en el estado en que se hallaban cuando falleció su causante. Además de ser esto conforme á los principios del derecho, se halla establecido espresamente para los pleitos de comercio por el art. 164 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil.

#### ARTICULO 1192.

*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 art. 869 de esta Ley,*

1 Leyes 8ª, tít. 7º, y 10, tít. 22, Part. 3ª; 1ª y 2ª, tít. 5º, lib. 11 Nov. Rec. TOM. IV. 62

Al comentar el art. 1187 hemos dicho que el litigante rebelde puede comparecer en cualquier estado del juicio, tanto en primera como en segunda instancia, y aprovecharse de los trámites que resten, pero sin que pueda nunca retrocederse en la sustanciación. Si comparece antes del término de prueba, deberán entregársele los autos para presentar el escrito de contraréplica, en el cual alegará cuantas excepciones y medios de defensa le interesen, y solicitará en su caso que se reciba el pleito á prueba. Si se persona durante el término probatorio, podrá dentro de él hacer la prueba que le convenga, esponiendo los hechos sobre que haya de recaer por medio de un escrito de ampliación, con arreglo al art. 260, de cuyo escrito se dará traslado á la otra parte, conforme al 261. Pero si comparece despues del término de prueba en la primera instancia, ya no hay términos hábiles para que justifique sus excepciones, á no ser recibiendo el pleito á prueba en la segunda instancia.

Mas esta nueva dilacion probatoria, siguiendo estrictamente la regla antes indicada de que el litigante rebelde ha de aceptar el juicio en el estado en que se halle cuando comparezca, sin que pueda retrocederse en la sustanciación, no podría tener lugar en la mayor parte de los casos, puesto que, segun el art. 869, el recibimiento á prueba en la segunda instancia solo puede otorgarse, cuando no hubiere podido hacerse en la primera por cualquier causa no imputable al que lo solicite, cuando con posterioridad hayan ocurrido hechos nuevos conducentes al pleito, ó cuando se haya adquirido conocimiento de algun hecho anterior, ignorado de la parte á quien interese. Sin embargo, por un principio de equidad muy atendible, y en consideración tambien á que á la causa de la justicia interesa facilitar los medios para esclarecer la verdad, el artículo que comentamos ha establecido una excepcion á dicha regla ordenando que, cuando comparezca el litigante rebelde despues del término de prueba en la primera instancia, ó durante la segunda, se reciban en ésta precisamente los autos á prueba, aun cuando no concurren todas las circunstancias designadas en el citado art. 869, siempre que aquel lo pida, y sean de hecho las cuestiones que se discutan; pues si fueren de puro derecho, no hay necesidad de prueba.

Aun cuando, en el caso de que se trata, solo el litigante que se habia constituido en rebeldía tendrá derecho á pedir el recibimiento á prueba en la segunda instancia, una vez otorgado, podrán utilizarse de él ambas partes, en razón á que estos términos son siempre comunes á los litigantes, á no ser que la ley disponga espresamente otra cosa.

Indicaremos, por último, que el recibimiento á prueba, en el caso de que se trata habrá de sujetarse á las demás condiciones establecidas para la segunda instancia. Así, pues, habrá de solicitarse antes que se notifique la providencia mandando traer los autos á la vista para sentencia, como lo previene el art. 868 en su referencia al 866; se dará al incidente la sustanciación que indica el 870, y se observará lo que prescriben el 871 y 872. (Véanse los comentarios de todos estos artículos.)

## ARTICULO 1193.

*Al litigante que haya sido citado ó emplazado en su persona, y por su no presentacion en el juicio haya sido declarado en rebeldía, no puede oírse, ni admitirse ningun género de recurso contra la ejecutoria que haya puesto término al pleito.*

## ARTICULO 1194.

*Esceptúase el caso en que el mismo litigante acreditare cumplidamente que desde la citación y emplazamiento, y durante todo el tiempo invertido en la sustanciación del pleito hasta la citación para*

*sentencia en segunda instancia, si la hubiere habido, y si no, hasta la misma citación en la primera, ha estado impedido por una fuerza mayor, y que no haya dejado de existir, de comparecer en el juicio.*

## ARTICULO 1195.

*Para que pueda prestarse audiencia en el caso del artículo anterior, se necesita indispensablemente que se haya solicitado, y hecho la justificación de la fuerza mayor dentro de seis meses contados desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el Boletín de la provincia.*

## ARTICULO 1196.

*Al litigante que haya sido citado por cédula entregada á su mujer, hijos, parientes, criados, ó vecinos, se le prestará audiencia contra la ejecutoria dictada en su rebeldía, concurriendo las circunstancias siguientes:*

- 1.<sup>o</sup> *Que la pida precisamente dentro de un año, contado desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el Boletín de la provincia.*
- 2.<sup>o</sup> *Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo, ha impedido que la cédula de citación ó emplazamiento le haya sido entregada.*

## ARTICULO 1197.

*Estas mismas reglas son aplicables al litigante rebelde que haya sido citado ó emplazado en países extranjeros segun que estas diligencias se hayan hecho en su persona ó por medio de cédula entregada á su mujer, hijos, parientes, criados ó vecinos.*

## ARTICULO 1198.

*Al litigante que haya sido citado ó emplazado en edictos, por no tener domicilio conocido, se le prestará audiencia contra la ejecutoria, concurriendo las siguientes circunstancias, y no en otro caso:*

- 1.<sup>o</sup> *Que lo solicite dentro de un año contado desde la fecha de la publicación de la ejecutoria.*
- 2.<sup>o</sup> *Que acredite haber estado durante todo el tiempo invertido en sustanciar el pleito, desde que se le hubiere citado ó emplazado, fuera del pueblo en que se haya seguido.*
- 3.<sup>o</sup> *Que acredite asimismo se hallaba ausente del pueblo de su última residencia, anterior á la citación ó emplazamiento, en la fecha de la publicación en él de los edictos para citarlo y emplazarlo.*

Estos artículos determinan los efectos que producen las sentencias dictadas en rebeldía del demandado. Y decimos *del demandado*, aunque la ley usa de la voz genérica *litigante*, porque solo al demandado puede tener aplicación lo que estos artículos disponen. Y con efecto: en ellos se hace distinción de los diferentes medios que, segun los artículos 228 al 231 inclusive, pueden emplearse para la citación y emplazamiento *del demandado*: se refieren al litigante, que habiendo sido citado y emplazado, ha sido declarado en rebeldía por su *no presentacion*, no en la instancia, sino en el juicio; y por último, para que pueda tener lugar la audiencia contra la ejecutoria, en los diferentes casos que determinan, exigen que el litigante haya estado impedido de comparecer durante todo el tiempo invertido en la sustanciación del pleito: luego se refieren al *demandado*, porque solo en él pueden concurrir estas circunstancias.

Es verdad que la ejecutoria puede tambien ser dictada en rebeldía del demandante, como sucede siempre que este no comparece ante el Tribunal superior ó Supremo á seguir la apelación ó el recurso de casación interpuesto por su contrario (arts. 838 y 1042): pero en tal caso no concurren las circunstancias antedichas, y de consiguiente no pueden tener aplicación los artículos que comentamos.