

cisamente dentro de los seis meses, que en él se fijan; pero en nuestro concepto, no puede ser éste su espíritu, pues en muchos casos será imposible realizarlo. Supongamos que dicha justificación haya de hacerse en Filipinas ó en el extranjero, como puede suceder, puesto que estas disposiciones son aplicables á los que hayan sido emplazados en dichos países: cómo han de bastar los seis meses para que el condenado en rebeldía tenga noticia de la ejecutoria, acuda á solicitar la audiencia, y se reciba la justificación dirigiendo para esto exhorto al punto en que tuvo lugar la fuerza mayor? ¿No pudiera también servir de obstáculo la ausencia del que obtuvo la ejecutoria, ú otro impedimento, cuya remoción no esté al alcance de la parte interesada? Sería ridículo que la ley concediera un derecho con condiciones tales, que imposibilitaran su ejercicio, y por esto creemos que, siguiendo su espíritu y lo que ordenan para caso enteramente igual los arts. 1196 y 1198, el litigante de quien se trata, cumplirá solicitando la audiencia y ofreciendo la justificación de la fuerza mayor dentro de los seis meses. Esto es al menos lo que tendrá que ser en algunos casos, si se ha de dar al artículo una interpretación racional. Sin embargo, como su letra es terminante, aconsejamos que se haga la justificación dentro de los seis meses, siempre que sea posible, y así se evitarán cuestiones y embarazos.

El art. 1196 no creemos pueda ofrecer dificultad. La apreciación de la causa, á que se refiere la circunstancia segunda del mismo, lo propio que de la fuerza mayor, no puede menos de quedar al prudente arbitrio de los tribunales, si bien bajo el supuesto de que haya sido justificada. Si el interesado no pudiese probar que no le había sido entregada la cédula por causa no imputable al mismo; pero sí que había estado impedido de comparecer por una fuerza mayor, entonces estará comprendido en el caso del art. 1194. No pudiendo justificar lo uno ni lo otro, habrá de llevarse á efecto la ejecutoria sin concederle audiencia contra ella, pues se presume que fué voluntaria y verdadera sin rebeldía.

Respecto del art. 1198 solo hay que advertir, que el término de que habla la circunstancia primera, deberá contarse desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el *Boletín* de la provincia, como se dispone espresamente para los dos casos anteriores: que la ausencia del lugar del juicio ha de haber sido durante todo el tiempo invertido en sustanciar el pleito, esto es, desde el emplazamiento hasta la citación para la sentencia que haya causado ejecutoria, pues ya hemos dicho que con esta citación queda cerrado el pleito para los litigantes; y que la *última residencia* de que habla la circunstancia 3ª, es con referencia al tiempo del emplazamiento, no á la que hubiere tenido después. El demandado de que se trata, que no pueda justificar estas circunstancias, pero sí la de fuerza mayor estará comprendido en el caso del art. 1194.

Por último, según el 1197, al litigante rebelde que hubiere sido emplazado en su persona en país extranjero, serán aplicables las disposiciones de los artículos 1193, 1194 y 1195; y las del 1196 al que lo hubiere sido por medio de cédula entregada á su mujer, hijos, parientes, criados ó vecinos. El emplazado por medio de edictos en país extranjero, como sucederá cuando allí hubiere tenido su última residencia, no puede menos de estar comprendido en el caso del art. 1198. También deben ser aplicables todas estas reglas á los que hayan sido emplazados en las Antillas españolas y en Filipinas. Ya hemos indicado antes la inconveniencia de que rijan para todos estos los mismos plazos que para los que residen en la Península.

En cuanto al procedimiento que ha de emplearse para declarar si procede, ó no, que se oiga al litigante condenado en rebeldía, como también acerca del tribunal competente para hacer esta declaración, véase el comentario siguiente.

ARTICULO 1199.

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.

ARTICULO 1200.

Contra las providencias que dictaren las Audiencias mandando oír al litigante rebelde, ó dene gándolo, no se dá otro recurso que el de Casación.

Después de haber establecido la Ley las circunstancias que deben concurrir para que pueda prestarse audiencia contra la ejecutoria al litigante condenado en rebeldía (1) pasa á designar el tribunal competente para hacer la declaración de si procede ó no dicha audiencia. A este fin se hace cargo de los tres casos que pueden ocurrir, á saber:

1.º Que la ejecutoria haya sido causada en primera instancia, como sucederá siempre que haya quedado consentida la sentencia del Juez inferior por no haberse interpuesto apelación en tiempo oportuno:

2.º Que la haya dictado la Audiencia, lo cual tendrá lugar en caso de apelación:

3.º Que haya sido dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, lo que ocurrirá únicamente cuando, habiéndose interpuesto recurso de casación en el fondo, y estimado por la Sala primera de dicho Tribunal Supremo, esta haya dictado la segunda sentencia de que habla el art. 1060, pues en tal caso esta sentencia es la ejecutoria del pleito.

En los dos primeros casos, el tribunal competente para declarar si procede, ó no, que se oiga al litigante condenado en rebeldía, lo es, según el art. 1199, la misma Audiencia que hubiere dictado la ejecutoria, ó á cuyo territorio corresponda el juzgado cuya sentencia quedó consentida; y en el tercero lo es el propio Tribunal Supremo, como lo determina el art. 1202, cuya colocación, hubiera sido, en nuestro concepto, mas lógica y natural á continuación de los que estamos comentando. La razón de estas disposiciones la encontramos en la obra tantas veces citada del señor Gomez de la Serna (2), individuo de la Comisión autora de la Ley.

“Cuando la sentencia que causó ejecutoria, dice dicho juriconsulto, fuera pronunciada por un tribunal superior, ninguna duda podía caber de que á él debía darse la atribución de declarar si procedía ó no oír al litigante condenado en rebeldía. Pero la Comisión creyó que á los tribunales superiores debía confiar también esta declaración en los casos en que hubiera quedado consentida la sentencia pronunciada por un juzgado inferior. Ni es de estranar: la declaración de oír al que fué juzgado en rebeldía, implícitamente lleva consigo la rescisión de una sentencia ejecutoria: es un remedio extraordinario, cuya aplicación requiere mayores garantías, por lo mismo que vá contra la autoridad de la cosa juzgada, aunque haya sido decidida en rebeldía.”

“Mas la Comisión, que siempre miró con atención escrupulosa el orden jerárquico de los tribunales, y cuidó mucho de que no se desautorizaran por los inferiores en grado las providencias de los superiores, no pudo olvidar que las sentencias de los pleitos, en que el juzgado en rebeldía pedía ser oído, dimanarian alguna vez del Tribunal Supremo de Justicia, lo que sucedería en los casos en que á él hubieran subido los autos por haberse utilizado el recurso de Casación. Por esto ordenó, que cuando la ejecutoria hubiera sido dictada por el Tribunal Supremo, á este correspondía declarar si la petición del que solicitaba ser oído, era ó no procedente.”

1. Véanse los arts. 1193 al 1198 y su comentario.
2. *Motivos de las variaciones principales que ha introducido la Ley de Enjuiciamiento civil*, pág. 209.

Estas son las razones que la Ley ha tenido para conferir á las Audiencias, y en su caso al Tribunal Supremo, en primera y única instancia como luego veremos, la facultad de declarar si procede, ó no, oír al litigante condenado en rebeldía. ¿Podrán las partes someter espresa ó tácitamente la decision de este punto al Juez de primera instancia? De ningún modo, porque estos jueces carecen de competencia para conocer de esa cuestion, segun el precepto terminante de los artículos 1199 y 1202; sin que esa incompetencia, que es radical como de ley, pueda subsanarla el consentimiento ó sumision de las partes, que solo prorroga jurisdiccion cuando esta es prorogable; y no lo es para legalizar instancias y recursos extraordinarios, no autorizados por las leyes. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia dando lugar al recurso de casacion en un caso, en que la cuestion de que se trata habia sido decidida por el Juez de primera instancia y por la Audiencia en apelacion (1).

Por las mismas razones, en los juicios militares y eclesiásticos, que han de sustanciarse con arreglo á la presente Ley de Enjuiciamiento, corresponderá hacer la declaracion antedicha á los tribunales superiores ó de apelacion, y en su caso á los Supremos de sus respectivas gerarquías.

Determinada la competencia para hacer la declaracion de que se trata, natural y conveniente hubiera sido determinar tambien ó establecer el procedimiento que para ello haya de seguirse, como que el procedimiento es la garantía del derecho. Absolutamente nada ha ordenado la Ley sobre este punto, ó al menos nada ha establecido especialmente para el caso, y la jurisprudencia tiene por tanto que suplir esa omision, si bien sujetándose á los principios y reglas generales de la misma Ley. A este fin es necesario tener presente, en primer lugar, que la cuestion, por el grave perjuicio que puede causarle, interesa al litigante presente que obtuvo á su favor la ejecutoria, y de consiguiente no debe ni puede decidirse sin darle audiencia; y en segundo lugar: que es un incidente del juicio principal (2). La sustanciacion, pues, que le corresponde por esta razon, por ser la mas conforme á su naturaleza, y por ser tambien la que el art. 1189 establece para un caso análogo en estos mismos juicios, es la de los incidentes,

1. Sentencia de 12 de Octubre de 1860, declarando haber lugar al recurso de casacion interpuesto por D. Miguel Redondo, como director gerente de la Sociedad minera *Positiva Manganesa*, contra la sentencia dictada por la Sala primera de la Audiencia de Madrid en el incidente promovido ante el Juez del distrito de la Audiencia de esta corte, sobre si debía oírsele en el pleito, fallado en rebeldía de dicha Sociedad, con D. Juan Ternel, sobre pago de maravedises. [*Colec. legisl., sent. núm. 214, de las de dicho año.*] Los considerandos 2º y 3º dicen así:

«Considerando que ésta (la incompetencia del Juez de primera instancia) es radical é incontestable pues se ha conocido del incidente (sobre dar audiencia á la Sociedad minera condenada en rebeldía) por un juzgado de primera instancia y en apelacion por la Audiencia, mientras la ley de Enjuiciamiento, en su art. 1199, terminantemente dispone: «Que 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 que se oiga al litigante condenado en rebeldía;» y en este supuesto, ni el Juzgado de primera instancia tuvo competencia para conocer por demanda, ni la Audiencia para hacerlo en apelacion:

«Considerando que, aun cuando por regla general debiera perjudicar á D. Miguel Redondo, para reclamar de incompetencia el haber él mismo llevado el incidente al Juzgado de primera instancia por demanda, y á la Audiencia por apelacion, prorogando así jurisdiccion, en su caso, al tenor de los artículos 2º, 3º y 4º de la ley de Enjuiciamiento; y aunque tambien debiera perjudicarle el no haber reclamado la subsanacion de la falta en primera ni en segunda instancia, segun el art. 1019 de la propia ley, estos artículos han de entenderse y aplicarse dentro del procedimiento y trámites autorizados por las leyes y subordinados, por tanto, á los que determinan las instancias y recursos en los juicios; de suerte que en ningún caso la sumision, espresa ó tácita de las partes legitime instancias y recursos extraordinarios no autorizados, y menos aun escludidos por las leyes, en cuyo supuesto el derecho público seria turbado á la voluntad de los particulares, como sucederia en el presente caso de dar otra extension y aplicacion á los artículos 2º, 3º, 4º y 1019 ya citados.

2. Así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia antes citada del 12 de Octubre de 1860.

con arreglo á los arts. 342 al 348 inclusive, que deben observarse en tales casos por las Audiencias, conforme á lo que prescribe el 889.

Así pues, del escrito en que el litigante condenado en rebeldía solicite se le preste audiencia contra la ejecutoria, se conferirá traslado por seis dias á la otra parte, uniendo previamente dicho escrito al rollo del pleito principal, ó reclamando en su caso los autos del juzgado de primera instancia. De la contestacion se dará copia á la parte que promovió el incidente. Si las partes no estuviesen conformes con los hechos, se recibirá el incidente á prueba por término de ocho á veinte dias, cuando alguna de ellas lo hubiere solicitado. Dentro de este término practicará el recurrente la justificacion, que exigen respectivamente los artículos 1194 al 1198, de la causa en que haya fundado su pretension, pudiendo tambien la otra parte suministrar la que le interese y sea conducente; y trascurrido, se unirán las pruebas á los autos, y se mandarán traer á la vista con citacion para sentencia. En una palabra, se observará todo lo que disponen los artículos 342 al 348 ya citados. Y fallado el incidente se devolverán los autos al juzgado de primera instancia con certificacion de la sentencia, para los efectos que espesaremos en el comentario que subsigue.

Segun el art. 890, las providencias, que dictan las Audiencias en los incidentes, son suplicables ante la misma Sala dentro de tercero dia; pero esta disposicion no es aplicable á los incidentes de que tratamos. La Ley ha querido, y con razon, que se decidan en una sola instancia; mas, como el fallo que en ellos recaiga, ha de contener necesariamente la concesion ó denegacion de un derecho, ha dado el carácter de sentencia definitiva á dicho fallo, no permitiendo contra él otro recurso que el de casacion: así lo dispone espresamente el art. 1200, conforme con la declaracion hecha anteriormente en el párrafo 2º del 1011. Este recurso se acomodará á todas las condiciones y procedimientos establecidos en el tít. 21 arts. 1012 y siguientes; pero sin que deba preceder el depósito de que hablan los artículos 1027 y siguientes, pues no habiendo mas que una sentencia, no puede darse el caso de dichos artículos.

Y ¿en qué motivos podrá fundarse el recurso de casacion contra la providencia definitiva del Tribunal superior concediendo ó negando la audiencia al litigante rebelde? Dirémoslo con franqueza que no creemos cuestionable este punto; pero lo hemos visto tratado seriamente, y como de difícil resolucion, y esto nos impone el deber de decir algo, para evitar dudas.

Basta, en nuestro concepto, el buen sentido para comprender que en la sustanciacion de estos incidentes puede ocurrir la falta de personalidad en el litigante ó su procurador, la de recibimiento á prueba, ó cualquiera otro de los defectos sustanciales del procedimiento, que se espresan en el art. 1013: pues en tal caso procederá indudablemente el recurso de casacion *en la forma*, fundándolo en la falta cometida, con tal que sea de las designadas taxativamente en dicho artículo, y que se haya reclamado inútilmente su subsanacion en tiempo oportuno, con arreglo á los artículos 1019 y 1020. Conocerá de este recurso la Sala segunda del Tribunal Supremo de Justicia (art. 1015), y si declara haber lugar á él, casará y anulará la sentencia del incidente, mandando devolver los autos á la Audiencia, para que, reponiéndoles al estado que tenian cuando se cometió la falta que ha dado motivo á la casacion, los sustancie y determine con arreglo á derecho (artículos 1059 y 1061). ¿Qué duda ni dificultad puede haber en esto?

Tampoco puede haberla acerca de que la providencia de que se trata puede haber sido dictada contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales. Es muy posible en estos casos la infraccion de cualquiera de los artículos 1193 al 1198 de la presente Ley, como tambien la de la ley 11, tít. 7º, Partida 3ª, y la de la jurisprudencia que, fundada en ella, tiene determinado lo que ha de entenderse por

fuerza mayor. Pues cuando tal suceda, procederá el recurso de casacion en el fondo, con arreglo al artículo 1012, fundándolo en cualquiera infraccion de dicha clase; sin que obste el que aquellos artículos sean de la Ley de Enjuiciamiento, pues no pertenecen al procedimiento, sino que determinan derechos, como otros muchos artículos de la propia Ley, y en la infraccion de los de esta clase puede fundarse dicho recurso, segun la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo. Conocerá de él la Sala primera de este Tribunal (art. 3015), y si lo estima fundado, y casa y anula la providencia contra la cual se interpuso, dictará á continuacion segunda sentencia declarando, conforme á los méritos de los autos y á lo que exigen la Ley ó doctrina quebrantadas (artículos 1059 y 1060), si debe ó no ser oido el litigante condenado en rebeldía. Esta segunda sentencia ha de limitarse precisamente á este punto, que es el controvertido en el incidente, cuyo fallo ha dado lugar al recurso de casacion; siendo un error el creer que en ella se debe ó puede decidir sobre el fondo del pleito, que ha dado origen á dicha cuestion incidental.

Y puede suceder, en fin, que la providencia de que se trata sea contra ley ó doctrina, y que concorra á la vez alguna de las causas del art. 1013; entonces el recurso podrá fundarse en ambos motivos, y se hará lo que ordenan los artículos 1016, 1017 y 1018. Todo esto es tan natural, obvio y sencillo, que no comprendemos cómo puede haber motivo para dudar.

ARTICULO 1201.

La sustanciacion 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 dias al litigante que se haya mandado oír.

2.ª De lo que espusiere se conferirá traslado por otros ocho dias al que haya obtenido la ejecutoria.

3.ª Si por los dos litigantes ó cualquiera de ellos, se hubiere pedido el recibimiento á prueba, y la cuestion 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 dias á cada una de las partes, para que se instruyan de ellas.

5.ª En adelante se acomodará la sustanciacion á las reglas establecidas para el juicio segun su clase.

Cuando la Audiencia, ó el Tribunal Supremo en su caso, declaren, por los trámites y en la forma que hemos espuesto en el comentario anterior, que no procede se oiga al litigante condenado en rebeldía, queda firme la ejecutoria dictada contra éste en el pleito principal, y podrá llevarse á efecto desde luego con arreglo á lo que se previene en la seccion 1.ª del tít. 18. Pero sí, por el contrario, la declaracion faese que procede se le oiga, entonces ha de abrirse un nuevo juicio sobre la cuestion principal, quedando rescindida y sin efecto la ejecutoria dictada en rebeldía. Como ya hemos indicado, en ambos casos ha de remitirse al Juez de primera instancia certificacion de la sentencia resolutoria de este incidente, dictada por el Tribunal superior ó el Supremo, con devolucion de los autos: en el primero, para que lleve á efecto la ejecutoria pronunciada en rebeldía; y en el segundo, para que oiga al litigante rebelde.

Aunque la Ley no lo diga espresamente, tenemos por indudable que al Juez de primera instancia corresponde oír al litigante rebelde, porque él solo tiene competencia para conocer en dicha primera instancia, á la que se repone el pleito. En confirmacion de esta doctrina podemos citar el autorizado testimonio del individuo de la Comisión de Códigos Sr. Gomez de la Serna.

“La declaracion, dice en su obra ya citada (1), que hacen ya las Audiencias, ya el Tribunal Supremo de Justicia, en nada altera el orden de los grados de las instancias. Ni el Tribunal Supremo juzga en segunda instancia, ni en primera las Audiencias. Su declaracion se limita solo á la cuestion de si debe ó no ser oido el que fué sentenciado en rebeldía. Esto lo establece la Ley al ordenar que cuando el Tribunal Supremo crea procedente oír al condenado en rebeldía, prevenga á la Audiencia que disponga se le oiga.” Y con efecto, así lo dice el artículo 1203; no, que se oiga la misma Audiencia, demostrando con esto que quien debe oírle es el Juez de primera instancia.

Esto supuesto, pasa el artículo que comentamos á establecer las reglas, á las cuales ha de acomodarse la sustanciacion de la audiencia que se preste contra la ejecutoria dictada en rebeldía, ó sea del nuevo juicio que se abre sobre la misma cuestion que ya habia sido fallada por dicha ejecutoria. Como se verá al examinarlas, se han suprimido algunos trámites del juicio ordinario, permitiendo solo un escrito por cada parte, y se ha reducido á la mitad el término ordinario de prueba, en consideracion sin duda á que los autos estaban ya terminados y con la instruccion suficiente para dictar, como se habia dictado, sentencia condenatoria, procurando conciliar de este modo los intereses del demandante con la legítima defensa del demandado. Dichas reglas son las siguientes:

1.ª “Se entregarán los autos por ocho dias al litigante que se haya mandado oír.”

A este fin, luego que el Juez de primera instancia reciba la certificacion con la providencia de la audiencia mandando oír al litigante que habia sido condenado en rebeldía, el cual, como hemos dicho, no puede ser otro que el demandado, acordará que se guarde y cúmpla, que se una á los autos, y que se entreguen estos por ocho dias á dicho litigante para el uso de su derecho. En su virtud, éste, por medio de procurador y con direccion del letrado si el negocio es de mayor cuantía, presentará un escrito contestando á la demanda, y esponiendo lo que á su derecho y defensa conduzca con sujecion á lo que prescriben los artículos 253 y 254, en este mismo escrito pedirá por medio de un *otrosí* que se reciba el pleito á prueba, si se encuentra en el caso de la regla 3.ª que luego esplicaremos.

Decimos que dicho escrito deberá ser de contestacion á la demanda, porque en realidad las razones y excepciones, que en él se aleguen, irán dirigidas á desvirtuar ó destruir las razones y pruebas en que aquella se haya fundado, á fin de obtener su absolucion. Pero como á la vez habrá de pedirse la revocacion de la sentencia dictada en rebeldía; ó que se deje sin efecto, creemos que en este nuevo juicio el demandado ó condenado en el primero hará el papel de actor para todos los efectos del procedimiento. Así lo evidencian tambien estas reglas, puesto que del escrito de que tratamos ha de conferirse traslado al que obtuvo la ejecutoria, quedando con estos dos escritos cerrado el debate para prueba ó sentencia.

Podrá suceder que trascurran los ocho dias sin que el litigante, á quien se concedió la audiencia contra la ejecutoria, acuda á tomar los autos para hacer uso de su derecho. Tambien podrá suceder que, habiendo tomado los autos, deje trascurrir los ocho dias sin devolverlos, ni presentar el escrito antedicho. ¿Qué deberá hacerse en tales casos? Es de lamentar que la Ley no los haya previsto, pues, además de ser muy posibles, son de graves consecuencias. ¿Deberá seguirse el nuevo juicio por todos sus trámites hasta dictar sentencia, ó se declarará abandonado y perdido el derecho del litigante para que se le oiga, ó desierto este recurso extraordinario, mandándose llevar á efecto la ejecutoria que se habia dictado en su rebeldía?

Para resolver esta cuestion importante es necesario tener en consideracion, que la

1. Motivos de la Ley de Enjuiciamiento civil, pág. 209.