

til, pero que, combinada con la prohibición de apelar de las sentencias interlocutorias, que no causaran perjuicios irreparables en definitiva, dió origen á la teoría de la *ejecución provisional* de las sentencias, implantada hoy, como queda dicho, en la legislación procesal de todos los pueblos cultos.

En toda sentencia se debe expresar si ha de ejecutarse provisionalmente, aun en el caso de apelación. No expresándose en ella, ya no podrá resolver nada sobre este punto el tribunal *a quo*; pero podrá el interesado pedir ante el tribunal que conozca de la apelación, que se ejecute provisionalmente el fallo apelado.

«Appellatione interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio quia recepta est: si vero non est recepta, ne præjuditium fiat, quo ad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, an non sit.» — «Interpuesta apelación, prospere ó no, nada debe innovarse: si llegase á prosperar, porque había prosperado; si no prosperase, para no prejudicar la deliberación respecto á si debe ser ó no recibida.» (*Dig.*, lib. XLIX, tít. VII, ley 1.^a; *Ulp.*, lib. IV *De app.*)

«Appellatione interposita, licet a iudice repudiata sit, in præjuditium deliberationis nihil fieri debere, et in eo statu omnia esse, quo tempore pronuntiationis fuerunt, sæpissime constitutum est.» — «Interpuesta apelación, aunque sea rechazada por el juez, nada debe hacerse en perjuicio de la deliberación, debiendo quedar todo en el estado que tenía al tiempo de la *pronunciación* (de la sentencia), conforme repetidísimas veces se ha establecido.» (*Cód.*, lib. VII, tít. LXII, ley 3.^a; *Imp. Gordian. A. Victorin.*)

La ley de Enjuiciamiento civil sólo exige que, al admitirse cualquiera apelación, se consigne siempre si se admite en ambos efectos ó solamente en uno (1).

Admitida en ambos efectos, se remiten los autos al tribunal superior á costa del apelante, con citación y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante aquél.

«A partir del momento en que se admite en ambos efectos una apelación, queda en suspenso la jurisdicción del juez para seguir conociendo, lo mismo de los autos principales que de las incidencias, y no le es lícito alterar el estado de los autos ni de las pruebas practicadas en ellos (2).»

Siendo admitida la apelación en un solo efecto, cuando es definitiva la sentencia, se remiten igualmente á la Superioridad los autos originales; pero sacándose testimonio de ellos para proceder á la ejecución provisional de aquélla.

No siendo definitiva la sentencia apelada, se saca testimonio de ella y de los particulares que las partes designen, para remitirlos al tribunal superior, también con emplazamiento de las partes por el término que la ley establezca.

Contra los autos ó providencias de los jueces ó tribunales de primera instancia, negándose á admitir la apelación interpuesta, procede *el recurso de queja* para ante el tribunal superior correspondiente.

Este recurso se tramita, conforme á la ley de Enjuiciamiento.

(1) Art. 386.

(2) Sent. del Trib. Supr. de Just., 15 Septiembre 1884.

ciamiento civil, por la vía incidental, pidiendo el perjudicado reposición del auto, ó testimonio de éste, y del en que se negase la reposición, debiendo acudir con él dentro de quince días á la Audiencia respectiva, la cual, previo informe del juez de primera instancia, resuelve sin más trámites lo que considera justo, declarando, caso de admitir la apelación, si ha de serlo en uno ó en ambos efectos, ordenando que se remitan los autos originales ó se libren los oportunos testimonios.

SECCIÓN SÉPTIMA

De la segunda instancia.

Todo apelante debe personarse en forma ante el tribunal superior dentro del término del emplazamiento, declarándose desierto el recurso y quedando firme la resolución apelada caso de no hacerlo así.

Dicha declaración debe hacerse de oficio luego que espiren los respectivos términos, trátase de apelación admitida en uno ó en ambos efectos, ó bien del recurso de queja.

No compareciendo el apelado, se sigue en rebeldía la tramitación de la segunda instancia, teniéndole por parte desde el momento en que comparezca.

El apelante puede, en cualquier estado de la segunda instancia, desistir de su apelación, pagando, como es consiguiente, las costas ocasionadas.

El desistimiento del apelante no empece al seguimiento de la instancia cuando el apelado se adhirió á

la apelación, porque en tal caso éste debe considerarse también como apelante; pero desde el punto en que se tiene al primero por desistido, las costas que se causen deben correr por cuenta del segundo.

Cuando quede firme la sentencia de primera instancia por desistimiento de la apelación, se comunicará así al juez que la dictó, con devolución de los autos.

Cuando llegue á dictarse sentencia en el recurso de apelación, luego que sea ésta firme, y previa la tasación de las costas, se comunican al tribunal inferior por medio de certificación y carta-orden para cumplimiento de lo acordado, expidiéndose ejecutoria, con citación contraria y á su costa, á la parte que la reclamase.

SECCIÓN OCTAVA

De las apelaciones de sentencias definitivas en pleitos de mayor cuantía.

Recibidos los autos en el tribunal superior, y personado en forma y tiempo el apelante, se pasan aquéllos al relator para formar el apuntamiento.

Ya se ha dicho en otro lugar cuáles sean las ventajas y cuáles los inconvenientes del apuntamiento, y si debe ó no mantenerse este costoso trámite, al menos en la forma en que se halla establecido.

Donde exista, una vez formado el apuntamiento, debe entregarse sucesivamente á las partes por término suficiente para que puedan examinarlo (de diez á treinta días, según la extensión de los autos), las cuales, al

devolverlo, consignarán en un escrito su conformidad con él, ó las adiciones y rectificaciones que crean necesarias.

En ese escrito (ni antes ni después) puede adherirse el apelado á la apelación sobre los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia.

«No es lícito á las partes contendientes en un juicio alterar los fundamentos esenciales de la acción ó de las excepciones debatidas en la primera instancia (1).»

Si en la primera instancia se hubiese reclamado por infracción en la forma de las que dan lugar al recurso de casación, siendo la reclamación desestimada, puede reproducirse la pretensión por medio de otrosí en el escrito devolviendo el apuntamiento, la cual se tramitará y resolverá previamente por la vía incidental.

En el caso de que no hubiese apuntamiento, debe darse traslado de los autos á las partes, luego de personado el apelante, por un término proporcionado á la extensión de los mismos.

Al devolverlos deben presentar un escrito dándose por instruídos y adhiriéndose á la apelación, si lo juzgan conveniente, haciendo las reclamaciones que estimen necesarias sobre las infracciones de forma, ya protestadas inútilmente en primera instancia, y sobre el recibimiento á prueba cuando proceda.

Solicitado el recibimiento á prueba en segunda instancia por medio de otrosí en el escrito que se acompaña al devolver el apuntamiento, debe concederse: 1.º En el caso de que el tribunal estimase procedente alguna

(1) Sent. del Trib. Supr. de Just., 26 Junio 1884.

diligencia de prueba negada en primera instancia. 2.º Cuando por cualquiera causa, no imputable al que solicita la prueba, no hubiera podido practicarse toda ó parte de la propuesta en primera instancia. 3.º Si con posterioridad al término concedido para proponer la prueba de primera instancia, hubiere ocurrido algún hecho nuevo de influencia notoria en el pleito. 4.º En el caso de que, después de dicho término, llegase á conocimiento de la parte algún hecho de influencia notoria, ignorado por la misma, jurándolo así. 5.º Siempre que el declarado en rebeldía comparezca después del expresado término.

En los cuatro primeros casos, la prueba se limitará á los hechos á que se refieren. En el último se admitirá todo lo pertinente que propongan las partes (1).

Podrá prescindirse del trámite de apelación, estableciendo la instancia única; pero admitido, fuera injusto denegar en él toda prueba.

A la manera que no sería piadoso dejar de administrar medicinas al enfermo mientras viviese, así no deben dejar de admitirse medios de justificar la verdad, esclareciendo los asuntos, mientras éstos no se hallen fenecidos, es decir, en tanto que no se hallen fallados en definitiva.

El objeto de los litigios y de los procedimientos que los regulan es el de poner en claro la verdad, fijando el derecho de las partes. Fuera injusto rechazar, cuando aún hubiere términos hábiles para ello, diligencias de notoria influencia en ese esclarecimiento.

(1) Ley de Enjuiciamiento civil, art. 862.

La segunda instancia es un nuevo juicio, aunque seguido sobre la base del primero. La sentencia que terminó el de primera instancia, ninguna fuerza tiene, ningún valor, en tanto no es confirmada por el fallo del tribunal de apelación.

Discútense en el segundo juicio las mismas acciones y las excepciones mismas. ¿Por qué, pues, negar á las partes en absoluto el derecho de aportar al negocio debatido pruebas decisivas que antes se vieran imposibilitadas de aportar?

Dos son las circunstancias á que ha de atenderse para la concesión de la prueba en segunda instancia: 1.º Influencia notoria en el asunto de la que pretende practicarse. 2.º Imposibilidad, por parte del que la propone, de haberla propuesto ó practicado antes.

La primera de esas circunstancias no basta por sí sola. Si el que propone una prueba de esa clase en segunda instancia pudo proponerla y practicarla en primera, á nadie podrá culpar de no haberlo hecho. Las leyes procesales deben cumplirse. Quien voluntariamente las quebranta, justo es que sufra, como natural consecuencia y merecido castigo á su culpa, la pérdida de los derechos que garantizan.

Pero la segunda circunstancia no há menester de la concurrencia de la primera.

El que no pudo proponer prueba en primera instancia por no haberse hallado presente al juicio; los que, propuesta, no pudieron practicarla, por haberseles denegado, ó por causa que no estuvo en su mano remover, justo es que la propongan ó practiquen respectivamente en segunda instancia.

Sin necesidad de recibir el pleito á prueba, se puede pedir confesión judicial (desde que se entreguen los autos para instrucción hasta la citación para sentencia) sobre hechos que no hubieren sido objeto de posiciones en primera instancia.

También podrán presentarse los documentos que no se hubiesen podido presentar antes, ya por ser de fecha posterior, ya por cualquiera otra circunstancia, como la de ser antes ignorados, ó no haberse podido adquirir, siempre que se hubiesen oportunamente designado.

Si ambas partes se hallan conformes en el recibimiento á prueba, el tribunal acordará dicho recibimiento.

Si una de ellas se opone, la Sala, en vista del informe del ponente, resolverá sin ulterior recurso cuándo acuerde conceder la prueba, sin más recursos que el de revisión y el de casación cuando la deniegue.

La prueba propuesta se practica en la misma forma que en la primera instancia, presidiéndola el magistrado ponente.

Practicada la prueba cuando se propuso y admitió, ó en otro caso después de haberse devuelto los autos por el apelado, se pasan por igual término al ponente, y hechas en el apuntamiento las reformas pedidas por las partes ó por éste, y acordadas por la Sala, se procede al señalamiento de día para la vista é informe oral de los abogados de las partes.

En lugar de los informes orales pueden escribirse é imprimirse *alegaciones en derecho*, si ambas partes lo solicitan ó si lo pide una y lo acuerda el tribunal.

Para que puedan concederse en este último caso,

precisa: 1.º Que se trate de un pleito ordinario de mayor cuantía. 2.º Que por su importancia y gravedad sea, á juicio del tribunal, más conveniente informar á los jueces por escrito que de palabra.

Si las partes procediesen de conformidad para presentar las alegaciones, el término para redactarlas será el que de común acuerdo conviniesen.

No estando conformes, el tribunal señala el plazo, atendiendo á la extensión é importancia de las alegaciones, de las cuales, después de impresas, debe entregarse un ejemplar á cada magistrado. El término para dictar sentencia comienza á correr desde el día en que se hizo dicha entrega, ó desde el en que se celebró la vista del pleito con informes orales.

SECCIÓN NOVENA

De las apelaciones de las sentencias y autos dictados en incidentes y en todos los juicios que no sean los de mayor y menor cuantía.

Las apelaciones en toda clase de incidentes y en todos los juicios, exceptuando el de mayor y menor cuantía, se tramitan de igual modo, conforme al art. 887 de la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, conforme á las reglas prescritas en la sección tercera del título VI del libro II.

La segunda instancia del juicio de menor cuantía se substancia conforme á las disposiciones del capítulo III, título II del libro II.

Estas diferencias, establecidas por la ley de Enjuiciamiento, casi en nada afectan á la esencia del procedimiento en las apelaciones de la diversa clase de juicios. En todas las apelaciones después de haberse personado en forma el apelante, se pasan los autos al relator para que forme apuntamiento; devuelto éste, se comunica con los autos á las partes para instrucción; se pide el recibimiento á prueba, adhiriéndose á la apelación, si lo juzgan por conveniente, en el escrito devolviendo los autos; se cita para sentencia, con señalamiento para la vista é informes orales después de practicada la prueba, si la hubo, y de hechas las rectificaciones y adiciones, si se pidieron, ó en el caso general y corriente, después de haberse devuelto los autos con el correspondiente escrito del apelado; se celebra la vista con informes orales, y se pronuncia la sentencia.

Las diferencias entre la tramitación de unas y otras, más es cuantitativa que cualitativa.

En el juicio de menor cuantía se señalan seis días al relator para que forme el apuntamiento, mientras en los demás no se le fija plazo, diferencia ésta verdaderamente injustificada, pues mucho más breves que los autos de un juicio de menor cuantía son los de apelación de sentencias interlocutorias, admitidas en un solo efecto, los cuales suelen reducirse á los testimonios de la providencia primera y del auto negando su reposición; y en cuanto á la urgencia del tiempo, no se alcanza que sea mayor en unos casos que en otros.

Recomiéndase que sea el apuntamiento en las apelaciones de menor cuantía todo lo conciso posible, constituyendo esto otra de las diferencias no menos arbitra-

ria é infundada, pues en toda clase de apelaciones, ya que haya apuntamientos, deben hacerse éstos con la concisión posible, de modo que nada falte en ellos para el debido conocimiento de los hechos y fundamentos debatidos, ni nada haya que no sirva sino para aumentar los honorarios del secretario-relator, que suele ser lo más frecuente.

En el juicio de menor cuantía, el plazo concedido al relator para formar el apuntamiento y el que las partes tienen para pedir el recibimiento á prueba ó adherirse á la apelación, corren al mismo tiempo, no siendo necesario presentar escrito alguno cuando no han de formularse tales peticiones, pues nada puede reclamarse respecto al apuntamiento; disposiciones acertadas que tan perfectamente como en la segunda instancia del juicio de menor cuantía pudieran adoptarse para los incidentes y en las sentencias definitivas de los demás juicios, sin excluir el mismo de mayor cuantía.

Formado el apuntamiento, y, en su caso, unidas las pruebas á los autos, se pasan éstos al ponente para instrucción por término de seis días improrrogables en los juicios de menor cuantía, mientras en las apelaciones de los otros juicios, excepto el de mayor cuantía, se da comunicación de ellos por tiempo de seis ó diez días á las partes para que expresen su conformidad ó pidan adiciones, se adhieran á la apelación ó interesen el recibimiento á prueba, pasando los autos al ponente por igual término de seis á diez días concedido á cada una de las partes, y luego que el apelado hubiese devuelto los autos.

¿Qué razones justifican estas pequeñas é insignifi-

cantes diferencias, que sólo sirven para involucrar los procedimientos?

Desde luego el escrito adhiriéndose á la apelación y pidiendo el recibimiento á prueba en su caso, de igual modo pudiera hacerse durante el plazo concedido al relator para formar el apuntamiento.

En cuanto al escrito de conformidad con éste, no resultarían mayores inconvenientes de prescindir de él en todas las apelaciones de los incidentes y de los demás juicios, fuera del de mayor cuantía, de las que resultan en el de menor cuantía.

Si no se juzgan absolutamente necesarias en éste las adiciones y rectificaciones que puedan pedir las partes, ¿por qué han de serlo en los otros?

Y en cuanto al plazo, ¿por virtud de qué principios puede establecerse que en el juicio de menor cuantía se fije el *cerrado* de seis días, y en los restantes juicios el de *seis* días, que pueden prorrogarse hasta los *diez*?

Los informes orales de las vistas de los juicios de menor cuantía en segunda instancia han de concretarse á los hechos; disposición que no se justifica, pues en los tales juicios, así como en los de mayor cuantía, puede haber conformidad en los hechos y versar toda la controversia sobre disconformidad en el derecho. En todo caso, lo mismo podría hacerse extensiva esta limitación á las apelaciones de los incidentes y de las sentencias definitivas de los otros juicios, con excepción de aquél.

Resulta de lo dicho que valdría más hacer extensivo á todas las apelaciones, con excepción de las interpuestas en los juicios de mayor cuantía, el procedimiento actual de la segunda instancia en el de menor cuantía,

que no establecer esa diversidad de procedimientos, más aparente que real y provechosa, y que sólo sirve para hacer excesivamente largas y confusas las leyes procesales.

Pero de cualquier modo sería mejor, mucho mejor, reformar esencialmente el procedimiento de todas las apelaciones comprendidas en el epígrafe de este capítulo, sobre estas dos bases: 1.^a Supresión del apuntamiento. 2.^a Obligación de cada uno de los miembros del tribunal de leer por sí mismo los autos.

Mientras no se introduzcan esas radicales reformas, no será mucho lo que se adelante con suprimir éste ó aquel término y con ampliar ó reducir unos días más tal otro. Son esas diferencias nimiedades casuísticas de espíritus sobradamente rutinarios.

Claro es que si la segunda instancia del juicio de mayor cuantía se reformase sobre las mismas bases, ganarían mucho la brevedad y la economía, aunque á costa de un poco mayor trabajo y esfuerzo por parte de los jueces.

Por lo demás, las diferencias que entre la tramitación de éstas y de las otras apelaciones existe, no es tampoco tan substancial que merezca ser tratada en diferentes capítulos ó secciones, como la ley de Enjuiciamiento civil hace.

Con y sin apuntamiento, los trámites son casi los mismos; la diferencia mayor está en los términos, salvo en lo referente á la sustitución de los informes orales por las memorias impresas.

En el juicio de mayor cuantía se entregan los autos por diez días á las partes, los cuales pueden prorrogar-

se á veinte ó treinta, mientras en las demás apelaciones de la sección segunda del tít. VII, ese término es de seis días, que pueden prorrogarse hasta los diez, como ya se ha dicho.

En estas últimas, el recibimiento á prueba sólo puede otorgarse cuando la ley lo concede para la primera instancia.

Por lo que hace á las memorias impresas, este procedimiento viene á ser un fiel trasunto del procedimiento escrito por *rapport* en Francia, en los casos en que se considera insuficiente el debate oral, con la diferencia de que aquí hay además autos, apuntamiento y una sentencia en primera instancia.

Son demasiados elementos para fallar un asunto por grave y complicado que sea.

Si existen los autos como piedra de toque para confrontar la exactitud de las alegaciones y afirmaciones de las memorias que han de leer todos los jueces, ¿para qué en tales casos el apuntamiento? ¿No convendría prescindir en tales pleitos, por lo menos, de semejante trámite, obligando á las partes á que desde luego manifestaran si estaban dispuestas á presentar memorias?

No cabe duda que en los negocios muy complicados mejor pueden los jueces formar exacto juicio, estudiando las memorias, que oyendo los informes de los letrados, y nada podría objetarse á semejante sistema, de no ser porque esas memorias, aun prescindiendo del apuntamiento, vendrán en el mayor número de casos después de los escritos de demanda y de contestación, de réplica y dúplica, y sobre todo después de los escri-

tos de conclusiones, los cuales pueden considerarse como verdaderas memorias ó alegatos.

Otra cosa sería si en primera instancia se limitasen los escritos al número de dos, ó tres á lo sumo, como en el procedimiento ordinario en Francia (1), ó si se proscribieran los escritos de conclusiones, sustituyéndolos con los informes orales en la primera instancia.

Obsérvese que aunque la ley de Enjuiciamiento civil no impone á los magistrados la obligación de leer y estudiar las memorias impresas, unido á las cuales debe imprimirse también el apuntamiento, infiérese esto, sin embargo, del solo hecho de autorizar dicha impresión y ordenar que se les repartan ejemplares.

Hay en esto un principio de aproximación al sistema de obligar á los magistrados á estudiar por sí mismos los autos, bien que, impresos los apuntamientos por partida doble, pues han de unirse así á la memoria del apelante como á la del apelado, puede considerarse que la lectura de las memorias no sea sino una especie de reemplazo de la audición de los informes orales, sin que los magistrados tengan que molestarse en hojear los folios de los autos, que duermen el sueño de los justos en los polvorientos estantes de la Secretaría.

(1) Artículos 75 á 78 del Cód. de Proc. civ.

CAPÍTULO II

DE LAS APELACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ORAL

Toda apelación supone por parte del apelante la creencia de que la resolución dictada por un tribunal no es conforme á justicia, por no adaptarse á la resultancia del proceso.

Para juzgar, pues, de la exactitud ó inexactitud de semejante creencia, falta hacer conocer esa resultancia, lo cual no es dado conseguir sino por dos medios: la asistencia al debate oral y á la práctica de todas las diligencias probatorias del juicio, ó la consignación por escrito de su resultado.

Lo primero pudieron hacerlo los jueces del tribunal de cuya sentencia se apela; pero no los del tribunal de apelación. Lo segundo desnaturaliza en cierto modo el procedimiento oral, dándole un verdadero carácter mixto.

Dícese que lo primero no pueden hacerlo los jueces del tribunal de apelación, porque, aun en el supuesto de que se repitieran el debate oral y las pruebas de primera instancia, en una palabra, el juicio todo, nunca el *segundo* sería reproducción exacta del *primero*, estando en lo posible, como en otro lugar se ha dicho, que la sentencia, justa con arreglo á la resultancia del pri-