

mos, no obtiene la autoridad de cosa juzgada en ninguno de ellos, puesto que el apelado tiene derecho incuestionable, según el art. 344 (hoy 353) de la ley de Enjuiciamiento civil, á adherirse á la apelación en el tiempo y forma que esta disposición establece; y en su virtud, pedir y obtener, si fuese procedente y justo, la revocación de la sentencia en todo lo que le sea desfavorable." De esta doctrina se deduce que no puede ejecutarse la sentencia en los extremos no apelados, y también se deduce así del art. 388, entendido literalmente, puesto que, sin distinción de casos y sin excepción alguna, ordena que se suspenda la ejecución, siempre que haya sido admitida la apelación en ambos efectos.

Artículo 391.

No se suspenderá la ejecución de la sentencia, auto ó providencia apeladas, cuando haya sido admitida la apelación en un solo efecto.

En este caso, si la apelación fuere de sentencia definitiva, quedará en el Juzgado testimonio de lo necesario para ejecutarla, remitiendo los autos al Tribunal superior en la forma y términos prevenidos en el art. 387.

Si fuere de auto ó providencia, se facilitará al apelante, á su costa, testimonio de lo que señalare de los autos, con las adiciones que haga el colitigante y el Juez estime necesarias, para que pueda recurrir á la Audiencia.

El apelante deberá solicitar dicho testimonio dentro de cinco días, expresando los particulares que deba contener. Trascorrido este término sin haberlo solicitado, se le negará el testimonio y se tendrá por firme la resolución apelada.

Artículo 392.

A continuación del testimonio expresado en los dos últimos párrafos del artículo anterior, se hará la citación y emplazamiento de las partes para su comparecencia en el Tribunal superior dentro del término de quince días, y se acreditará la entrega de dicho testimonio al procurador del apelante.

Artículo 393.

Dentro de los quince días siguientes al de la entrega del testimonio deberá el apelante hacer uso de él, mejorando la apelación en el Tribunal Superior.

Sobre las "apelaciones admitidas en un solo efecto," de que tratan estos artículos, hemos dicho ya, al comentar el 383, que ese efecto es el "devolutivo," pasando en su virtud al tribunal superior el conocimiento del negocio, sólo para decidir sobre la justicia de la resolución apelada; pero sin suspenderse la ejecución de ésta ni la jurisdicción del juez que la dictó, el cual seguirá conociendo de los autos principales y de los incidentes que en ellos puedan promo-

verse, porque no se ha dado lugar al "efecto suspensivo." El párrafo 1.º del artículo 391 confirma esta doctrina al ordenar, de acuerdo con el 71 de la ley de 1855, que "no se suspenderá la ejecución de la sentencia, auto ó providencia apeladas, cuando haya sido admitida la apelación en un solo efecto," y por consiguiente tampoco la jurisdicción del juez, pues de otro modo no podría proveer lo necesario para dicha ejecución y para el curso de los autos, que tampoco ha de suspenderse, como lo demuestran las reglas que para el cumplimiento de aquel precepto se dan en el mismo art. 391 y en los otros dos que son objeto de este comentario, los cuales concuerdan con el 71 antes citado y el 72 de la ley anterior.

La apelación en un efecto puede ser, ó de una sentencia, ya sea definitiva del pleito, ya de cualquier incidente que ponga término al mismo, de suerte que los procedimientos ulteriores hayan de limitarse á la ejecución de la misma sentencia; ó de un auto ó providencia, que no tengan este carácter por haberse dictado durante el curso del pleito y haya necesidad de procedimientos ulteriores para su terminación. En el primer caso, serán necesarios los autos en el tribunal superior para poder apreciar su resultancia á fin de resolver si el fallo apelado está ó no ajustado á derecho, al paso que no hacen falta en el juzgado, pues para llevar á efecto la sentencia será suficiente por regla general el contexto de la misma. En el segundo caso, son indispensables los autos en el juzgado para su continuación, y para que la Audiencia pueda fallar con acierto la cuestión apelada, única de su competencia, bastarán los antecedentes que á ella se refieran. Por esto, para cada uno de dichos casos se establece un procedimiento diferente, conciliando la economía en los gastos y la celeridad con el acierto.

Cuando la apelación en un efecto sea de sentencia definitiva, ha de quedar en el juzgado testimonio de lo necesario para ejecutarla. Así lo mandará el juez en la misma providencia en que admita la apelación, designando los particulares que haya de contener el testimonio, que por regla general será la sentencia apelada. La ley no faculta á las partes para hacer dicha designación en este caso; pero si alguna de ellas creyere insuficientes los señalados por el juez, no puede haber dificultad en que lo exponga por escrito para que éste mande adicionar el testimonio, si lo estima procedente. Y librado el testimonio "sin dilación," según previene el artículo 301 para los casos en que no se fije término, el juez cuidará bajo su responsabilidad de remitir los autos originales al tribunal superior dentro de los seis días siguientes, á costa del apelante, con citación y emplazamiento de los procuradores de las partes, para que dentro de veinte días comparezcan éstas en dicho tribunal á hacer uso de su derecho, si les conviene, como está prevenido en el artículo 387, al cual se refiere al párrafo 2.º del 391, que estamos comentando.

Y si la apelación fuere de auto ó providencia, al admitirla acordará el juez que se facilite al apelante testimonio de lo que señalare de los autos, con las adiciones que solicite el contrario, si se estimasen procedentes, para que pueda recurrir á la Audiencia á mejorar la apelación. El apelante debe solicitar dicho testimonio, expresando los particulares que deba contener, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la providencia, acompañando copia del escrito para entregarla á la parte contraria conforme á lo prevenido en el art. 515. Téngase presente que dicho término de cinco días es improrrogable, como comprendido en el caso último del art. 310, por mandar la ley expresamente en el 391, que se niegue el testimonio si se solicita después de trascorrido el término, y que se tenga por firme la resolución apelada. También lo ordena así el art. 408 respecto de los términos señalados para preparar cualquier recurso, en cuyo caso se halla el antedicho.

Presentado en tiempo el escrito, debe mandar el juez que sin dilación se libre por el actuario y se entregue al apelante el testimonio solicitado, con inserción de todos los particulares designados por el mismo, y á su costa, y que se entregue la copia del escrito á la parte contraria. Como pudiera suceder que el apelante haya omitido la designación de particulares que le perjudiquen y que sirvieron de fundamento á la resolución apelada, concede la ley al litigante contrario la facultad de pedir que se adicionen los que estime procedentes, pero sin fijarle término para ello, de lo cual se deduce que debe hacerlo sin dilación, si lo cree necesario, luego que se le entregue la copia del escrito. Estaba admitido

en la práctica dar vista al apelado por un breve término de la designación de particulares hecha por el apelante para que pidiera las adiciones que estimase procedentes: creemos que hoy no puede seguirse esta práctica, por no autorizarla la ley y ser contraria á su espíritu. La copia del escrito hace innecesaria la vista ó traslado que antes se concedía: por ella ha de hacer uso el apelado de su derecho (art. 520); verá si conviene adicionar algunos particulares, y debe pedirlo sin dilación: si lo pide antes de que se entregue el testimonio al apelante, y el juez lo estima procedente, se hará la adición, y en otro caso se entenderá que ha renunciado ese derecho ó que no tiene nada que pedir.

Es de notar que el testimonio, como se libra á costa del apelante, ha de comprender todos los particulares que éste designe, además de la resolución apelada y de la providencia admitiendo la apelación, de que no se puede prescindir; pero de los que designe el apelado, sólo se insertarán los que el juez estime necesarios. Así lo ordena el párrafo 3.º del art. 391, para evitar el abuso que pudiera cometer el apelado pidiendo sin necesidad la adición del testimonio que ha de pagar el contrario: por eso los jueces deben examinar con atención esas pretensiones, á fin de no admitir otras adiciones más que las que estimen necesarias para la resolución de la apelación, como manda la ley.

Librado el testimonio, debe el actuario hacer á continuación del mismo, y no en los autos, la citación y emplazamiento á los procuradores de las partes para su comparecencia en el tribunal superior dentro de quince días. Este emplazamiento ha de hacerse en todo caso, como ya se ha dicho, por medio de cédula y con las demás formalidades que previenen los artículos 270, 271 y 274. Y en seguida hará la entrega del testimonio al procurador del apelante, ó á la misma parte si no interviene procurador, acreditándolo también á continuación de los emplazamientos. Lo previene así el art. 392, porque, como han de surtir sus efectos esas diligencias en el tribunal superior, es necesario consignarlas en el testimonio que ante él ha de presentarse. En los autos principales sólo se hará constar haberse librado el testimonio y su entrega.

Ordena, por último, el art. 393, refiriéndose como el anterior á las apelaciones de autos y providencias admitidos en un efecto, que "dentro de los quince días siguientes al de la entrega del testimonio, deberá el apelante hacer uso de él, mejorando la apelación en el tribunal superior." Este término es también improrogable, y trascurrido sin haberlo utilizado, queda de derecho firme la resolución apelada sin necesidad de declaración expresa sobre ello, como previene el art. 408. El 72 de la ley de 1855 lo fijó en veinte días, y se ha reducido á quince, en consideración á que, con los cinco que además se conceden para pedir el testimonio, y los que se invertirán en librarlo, media tiempo más que suficiente para preparar la defensa en el tribunal superior. Como en las otras apelaciones no median estas dilaciones, se ha conservado para ellas el plazo de veinte días que venía establecido.

Para mejorar la apelación debe el apelante personarse en el tribunal superior por medio de procurador y con dirección de letrado dentro de los quince días. Téngase presente que en la segunda instancia no se permite alegar por escrito, sino de palabra en el acto de la vista, y sería un abuso, que no puede tolerarse, el convertir en una alegación de agravios el escrito de mejora. Este escrito debe limitarse, como se ha limitado siempre, á presentar el testimonio y solicitar del tribunal que habiéndolo por presentado y por mejorada en tiempo la apelación, se sirva dar al recurso la sustanciación establecida en los artículos 889 y siguientes. Si se alegara en ese escrito sobre el derecho del apelante, el tribunal deberá corregir tal abuso, en cumplimiento de lo que previene el art. 337.

Y han de presentarse con dirección ó firma de letrado hábil, no sólo los escritos de apelación y de mejora, como hemos dicho, sino también el en que se pida el testimonio para recurrir ante la Audiencia á mejorar la apelación admitida en un efecto, porque no son de mera tramitación y no están, por tanto, comprendidos en las excepciones del art. 10. En el comentario de dicho artículo (pág. 35 del tomo I) hemos expuesto sobre este punto que, cuando se presente alguno de esos escritos sin firma de letrado, el juez no puede dictar otra providencia que la de "pidiendo con dirección de letrado, se proveerá," pero que subsanada esta falta, aunque lo haya sido después de trascurrido el término para apelar, el juez debe admitir la apelación, según la jurisprudencia establecida

por el Tribunal Supremo. Ahora debemos añadir que dicho Tribunal ha hecho extensiva la misma jurisprudencia al caso en que se pida en tiempo sin firma de letrado el testimonio para mejorar la apelación (1).

Indicaremos, por último, que se ha fijado en cinco días el término, que antes era indefinido, para pedir el testimonio con la designación de los particulares que deba contener, y en quince días, que antes era de veinte, el plazo para comparecer ante la Audiencia á mejorar la apelación, dándoles el carácter de improrogables para el efecto de que, trascurridos sin utilizarlos, se tengan por abandonado el recurso y por firme de derecho la resolución apelada, en cumplimiento de lo prevenido en la base 3.ª de las aprobadas para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil. En dicha base se mandó establecer en la nueva ley, para corregir los abusos antes cometidos, que "cuando la apelación se admita en un solo efecto, debe señalarse un breve plazo para "obtener" el testimonio y "utilizarle," y si trascurriese, se entenderá abandonado el recurso y la sentencia firme."

Artículo 394.

Cuando haya sido admitida en un efecto cualquiera apelación, podrá el apelante solicitar de la Audiencia que la declare admitida en ambos efectos, citando la disposición legal en que se funde.

Deberá deducir esta pretensión en el término del emplazamiento si la apelación fuere de sentencia definitiva, y en los demás casos al presentar el testimonio para mejorar la apelación.

Artículo 395.

Si al deducir el apelante dicha pretensión se hubiere personado en el Tribunal superior la parte apelada, se le entregará la copia del escrito para que pueda impugnarla, si le conviene, dentro de los tres días siguientes, trascurridos los cuales dictará la Audiencia, sin más trámites y sin ulterior recurso, la resolución que estime arreglada á derecho.

(1) "Sentencia de 26 de Diciembre de 1883."—Admitida una apelación en un efecto, el procurador solicitó el testimonio dentro del término legal designando los particulares que debía contener, pero sin firma de letrado, cuya falta se subsanó reproduciendo la pretensión después de los cinco días: el juez, fundándose en que había trascurrido el término, negó el testimonio y declaró firme el auto apelado, cuya resolución fué confirmada por la Audiencia: contra este auto se interpuso recurso de casación, y el Tribunal Supremo ha declarado en dicha sentencia haber lugar al recurso por los fundamentos siguientes:

"Considerando que cualquiera que sea el verdadero carácter del escrito en que se señalan los particulares que ha de comprender el testimonio á que se refiere el art. 391 de la ley de Enjuiciamiento civil, para reputarle ó no como de mera sustanciación á los efectos del art. 10 de la misma ley, la cuestión del presente recurso se resuelve por la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual, cuando se interpone en tiempo una apelación sin firma de letrado, si bien no puede proveerse á ella mientras no se subsane la falta, queda interrumpido el lapso del término, y subsanada aquella, debe admitirse dicho recurso, cuya doctrina es aplicable al caso de autos, en que se trata de un punto menos importante que el de la apelación, cual es el señalamiento de los particulares que ha de contener un testimonio, lo que hizo en tiempo hábil el procurador del recurrente y reprodujo después con dirección y firma de letrado.—Considerando que al no estimarse así el auto recurrido infringe la expresada doctrina legal, de que se hace mérito en el segundo motivo."

Artículo 396.

Si la Audiencia desestimase la pretensión antedicha, condenará al apelante en las costas de este incidente, y dará á la apelación la sustanciación que corresponda.

Si declara admitida la apelación en ambos efectos, se librará orden al Juez de primera instancia para que suspenda la ejecución de la sentencia ó remita sin dilación los autos originales, según los casos, notificándolo á las partes.

Artículo 397.

También podrá la parte apelada solicitar ante la Audiencia, dentro del término del emplazamiento, que se declare admitida en un solo efecto la apelación que el Juez hubiere admitido en ambos, citando la disposición legal en que se funde.

Se sustanciará esta pretensión por los trámites establecidos en el art. 395. Si accediere á ella el Tribunal superior, se librará orden al Juez de primera instancia, con certificación de la sentencia apelada, para que la lleve á efecto.

Si por tratarse de un auto ó providencia fueren necesarios los autos en el Juzgado inferior para continuarlos, se le devolverán, quedando certificación de lo necesario para sustanciar la apelación.

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 gravamen, toda vez que debiendo ejecutarse la providencia, podrían ser irreparables muchos de los daños que con este motivo se le ocasionaren. Cuando se admite en ambos efectos procediendo en uno solo, la parte apelada sufre el perjuicio consiguiente á la dilación que experimenta el cumplimiento de la sentencia, haciéndose quizás difícil conseguir después 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 era alzarse de la providencia en que se otorgaba la apelación en uno ó en ambos efectos, y los tribunales superiores, atendiendo á la urgencia de decidir esta cuestión incidental, solían resolver de plano lo que creían procedente.

La ley anterior de 1855 estableció dicho recurso, determinando el procedimiento en sus artículos 73 y 74; pero solo para el caso en que hubiere sido admitida en un efecto la apelación procedente en ambos, de suerte que el apelante podía solicitar del tribunal superior que la declarase admitida en ambos efectos, por el mismo procedimiento breve y sencillo que ahora se establece. No se concedió igual recurso al apelado para cuando se admitiese en ambos efectos la apelación procedente en uno solo, y en la práctica se suplía esta omisión utilizando contra tal providencia el recurso de reposición, y de apelación si el juez no accedía á reponerla. Por este medio el tribunal superior resolvía esa cuestión previa, pero por los trámites de las apelaciones y con las dilaciones y gastos consiguientes.

La nueva ley ha igualado, como era justo, la condición de los litigantes, concediendo á una y otra parte el mismo recurso, con igual procedimiento, para reclamar ante la Audiencia la reparación del agravio que pueda haberles causado.

el juez inferior al admitir la apelación. Para preparar este recurso no hay necesidad en ningún caso de pedir al juez inferior reposición de su providencia: esto daría lugar á una dilación innecesaria, puesto que de todos modos el conocimiento de la apelación ha de ir al tribunal superior, el cual decidirá si estuvo bien ó mal admitida, por los trámites breves y sencillos que se establecen para el apelante en los artículos 394, 395 y 396 y para el apelado en el 397. Por consiguiente, ante el juez que admitió la apelación no se debe ni se puede deducir reclamación alguna sobre ello, porque la ley no lo autoriza ni es necesario: el recurso ha de presentarse directamente en la Audiencia dentro del término del emplazamiento, y en su caso al mejorar la apelación, sin que pueda utilizarse ni admitirse trascurrido dicho término.

En los cuatro artículos citados, que van al frente de este comentario, se determina con tanta precisión y claridad lo que ha de hacerse en cada uno de los casos que pueden ocurrir, que creemos inútil toda explicación: para proceder con acierto bastará su lectura, y atenerse á lo que en ellos se ordena sin buscar interpretaciones que no necesitan, ni darles otro sentido que el que literalmente expresan sus palabras. Por esto nos limitaremos á llamar la atención sobre las novedades que se introducen en el procedimiento de la ley anterior.

Ya hemos dicho que el recurso ha de presentarse en la Audiencia, sin preparación alguna en el juzgado, dentro del término del emplazamiento ó al presentarse, en su caso, el testimonio para mejorar la apelación: como estos términos son improrrogables, se tendrá por perdido el derecho si se dejan trascurrir sin utilizarlo, y deberá el tribunal rechazar de plano el recurso.

Es también requisito indispensable, por exigirlo la ley, para que pueda prosperar el recurso, que se cite en el escrito la disposición legal en que se funde, esto es, el artículo de la ley en el cual se prevenga que se admita en ambos efectos la apelación que lo hubiere sido en uno solo, ó al contrario, y cuya disposición habrá sido infringida por el juez. Esto será bien fácil de cumplir, cuando sea justa la pretensión, porque raro será el caso en que no se encuentre disposición expresa de la ley que determine si la apelación de que se trate es procedente en ambos efectos ó en uno solo, y á falta de disposición expresa para el caso concreto está la regla general del art. 383 con las excepciones del 384.

Del escrito formulando el recurso debe acompañarse copia para entregarla á la parte contraria, si se hubiere personado en los autos, y si no cuando se presente, siempre que sea antes del fallo del recurso. Dentro de los tres días siguientes al de la entrega de la copia, puede dicha parte impugnar la pretensión del recurrente, y trascurrido dicho término, se haya presentado ó no escrito de impugnación, ó dentro de él si no se hubiese personado el apelado, la Sala sin más trámites, y por consiguiente sin vista pública ni citación de las partes, dictará por medio de auto y sin ulterior recurso la resolución que estime arreglada á derecho. Siempre que desestime la pretensión del recurrente, ha de condenarle en las costas del incidente y mandar que se dé á la apelación la sustanciación que corresponda. En otro caso, no habrá condena de costas, y declarada admitida la apelación en el efecto que proceda, se practicará lo que para cada caso se ordena en los artículos que estamos comentando.

Y cuando el apelado pretenda que se declare admitida en un efecto la apelación que lo hubiere sido en ambos, que es el caso del art. 397, deberá esperar á que se persone el apelante, puesto que, si no lo verifica en tiempo, se tendrá por abandonada la apelación y por firme la sentencia, auto ó providencia apelada, y en este caso nada hay que resolver sobre los efectos de la apelación y sería inútil é innecesario aquel recurso. Y si por temor á que trascurra el término, lo presentase antes de personarse el apelante, deberá expresar en la súplica, que teniéndolo la Sala por presentado en tiempo, se suspenda su sustanciación y resolución hasta que se persone el apelante. Esto es lo que aconseja el buen sentido y lo que exige el objeto de ese recurso, aunque la ley no haya descendido á estos pormenores, dejándolos al buen criterio del letrado.

Artículo 398.

Contra los autos ó providencias de los Jueces de primera instancia

tancia denegando la admisión de apelación, podrá el que la haya interpuesto recurrir en queja á la Audiencia respectiva.

Deberá prepararse este recurso pidiendo, dentro de quinto día, reposición del auto ó providencia, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones.

Si el Juez no diere lugar á la reposición, mandará á la vez que, dentro de los seis días siguientes, se facilite dicho testimonio á la parte interesada, acreditando el actuario, á continuación del mismo, la fecha de la entrega.

Artículo 399.

Dentro de los quince días siguientes al de la entrega del testimonio, deberá la parte que lo hubiere solicitado hacer uso de él, presentando ante la Audiencia el recurso de queja.

Artículo 400.

Presentado en tiempo el recurso con el testimonio, acordará la audiencia que se libre orden al Juez de primera instancia para que informe con justificación, y recibido este informe, resolverá sin más trámites lo que crea justo.

Si estima bien denegada la apelación, mandará ponerlo en conocimiento del Juez por medio de carta-orden para que conste en los autos.

Y si estimare que ha debido otorgarse, lo declarará así, con expresión de si ha de entenderse admitida en un solo efecto ó en ambos, ordenando al Juez, según los casos, que remita los autos originales, según se previene en el art. 387, ó que se facilite al apelante el testimonio de que hablan los arts. 391, 392 y 393, en la forma y para los efectos en ellos prevenidos.

“Del recurso de queja por la no admisión del de apelación” tratan estos artículos. Concuerdan con el 75 de la ley de 1855, y conservan sustancialmente el procedimiento en éste establecido, pero completándolo y supliendo las omisiones que en él se notaban y que daban lugar á dilaciones y abusos. Por esto, y para corregirlos, se mandó en la base 3^a de las aprobadas para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil, “fijar un término preteritorio y trámites breves para interponer y sustanciar los recursos de queja por la no admisión de las apelaciones.” Así se ha hecho como se verá fijándose en las novedades introducidas por estos artículos.

Sería ilusorio el importante recurso de apelación, si fuera árbitro el juez inferior para admitirlo ó denegarlo: por esto la ley ha fijado las reglas que han de observarse. Pero podrá suceder que, interpretándolas el juez erróneamente, ó acaso por malicia, no admita una apelación que sea procedente con arreglo á la ley, y para que en este caso pueda reparar el agravio el tribunal superior, concedió la jurisprudencia antigua y ha sancionado la moderna el recurso de queja de que tratamos. Este recurso, aunque análogo, es diferente del establecido anteriormente para el caso en que, procediendo una apelación en ambos efectos, se admita en uno sólo, porque siendo distinta la condición en que se coloca al litigante en uno y otro caso, no pueden sujetarse á un mismo procedimiento.

La ley de 1855 se limitó á decir en su art. 75, que denegada cualquiera apelación, podrá el interesado recurrir en queja á la Audiencia respectiva, la cual, previo informe del juez y oyendo sobre él al apelante, determinaría lo que creyese justo. Como se vé, é hicimos notar al examinar dicho artículo en nuestros comentarios á la ley anterior, nada se determinó sobre el modo de justificar la queja; se permitía ésta, sin pedirle al juez la reposición de su providencia para que, advertido de su error, pudiera enmendarlo por ese medio más breve y expedito; y sobre todo, no se fijó término para entablar el recurso, dando lugar á que, promoviéndolo mucho tiempo después, se causara una lamentable perturbación en los procedimientos de primera instancia, cuando ya habían recaído y se habían ejecutado resoluciones trascendentales. A todo esto se ha puesto remedio por los artículos que son objeto de este comentario.

En el art. 398 se conserva el principio de que “contra los autos ó providencias de los jueces de primera instancia denegando la admisión de apelación, podrá el que la haya interpuesto recurrir en queja á la Audiencia respectiva,” que será la del territorio ó distrito á que pertenezca el juzgado. Y se añade, primera novedad que se introduce: “Deberá prepararse este recurso pidiendo, dentro de quinto día, reposición del auto ó providencia, y para el caso de no estimarla, testimonio de ambas resoluciones.” De suerte que el escrito ha de contener la pretensión alternativa de la “reposición,” y no estimándola, la del “testimonio,” el cual solo ha de contener el auto denegatorio de la admisión de la apelación, y el que no dé lugar á la reposición: con esto basta, como luego indicaremos, por eso lo determina la ley taxativamente, sin que pueda ampliarse por tanto á otros particulares.

Este recurso de reposición, con que ha de prepararse el de queja, es el mismo que se establece en el artículo 377 contra los autos y las providencias que no sean de mera tramitación, á cuya clase pertenece la de que se trata: por esto y para evitar dudas, se expresa que es de cinco días el término para interponerlo, sin indicar el procedimiento porque ya se halla determinado en los artículos 378 y 379. Por consiguiente, del escrito pidiendo la reposición deberá acompañarse copia para entregarla á la parte contraria, la cual podrá impugnar la pretensión dentro de los tres días siguientes, y trascurridos, con impugnación ó sin ella, el juez resolverá dentro de otros tres días, sin más trámites, lo que estime justo.

Como el escrito de reposición ha de ser razonado, citando principalmente el artículo de la ley de Enjuiciamiento civil en que se funde y que habrá sido infringido al no admitir la apelación, es de esperar que el juez, reconociendo con nobleza su equivocación, reforme su providencia y admita la apelación en el efecto que proceda. Si así lo hace, se evitarán las mayores dilaciones y gastos del recurso de queja; y si insiste en su acuerdo, ya queda ventilada la cuestión de derecho que ha de resolverse por medio de dicho recurso. Por esto se ha creído conveniente prepararlo del modo antedicho.

Añade el mismo art. 398, que “si el juez no diere lugar á la reposición, mandará á la vez que, dentro de los seis días siguientes, se facilite dicho testimonio á la parte interesada, acreditando el actuario á continuación del mismo la fecha de la entrega.” Esto tiene por objeto el que pueda ver el tribunal superior, cuando se presente la queja, si está dentro de los quince días siguientes al de la entrega del testimonio, que fija el art. 399 para interponer el recurso, pues si hubieren trascurrido, no podría ser admitido, por ser improrogable este término, lo mismo que el de cinco días para preparar el recurso pidiendo la reposición, y quedaría firme la resolución del juez de primera instancia, conforme á lo prevenido en el art. 408, si se dejase trascurrir, sin utilizarlo, cualquiera de estos términos.

Según el art. 380, contra el auto resolutorio del recurso de reposición de providencias y autos como el de que se trata, podrá apelarse dentro de tercer día. La ley niega este recurso en el presente caso al que solicitó aquella, puesto que previene que si el juez no accediese á la reposición, se le facilite testimonio de ambas resoluciones para interponer el recurso de queja, por cuyo medio el tribunal superior decidirá si estuvo bien ó mal denegada la apelación. ¿Y si se accede á la reposición? En este caso la parte contraria será la

agraviada, y con un agravio irreparable, puesto que se le obliga á seguir una segunda instancia y estar á sus resultados, cuando se creía libre de ella por no haber sido admitida la apelación. Y como la ley no establece nada para este caso en los artículos que estamos comentando, creemos que no puede privarse á dicha parte del derecho de apelación que por regla general concede el 380 antes citado, de todo auto resolutorio del recurso de reposición, y que podrá apelar en ambos efectos por la razón indicada de ser el auto de gravamen irreparable en definitiva (caso 3.º del art. 374).

En el art. 400 se ordena el procedimiento que ha de seguirse en el tribunal superior para resolver el recurso de queja. Presentado éste en tiempo, ó sea dentro de los quince días útiles siguientes al de la entrega del testimonio, que deberá acompañarse, y no copia del escrito, porque no hay parte contraria á quien entregarla, acordará la Audiencia que se libre orden al juez de primera instancia para que informe "con justificación," circunstancia que no se prevenía en la ley anterior. A la orden será preciso acompañar copia certificada del recurso, como se practica en tales casos, pues de otro modo no podría el juez impugnar las razones que, para demostrar la injusticia de la providencia, alegue el recurrente, y quedaría incompleta la discusión. La justificación que á su informe debe acompañar el juez, será un testimonio de los escritos y actuaciones que estime conducentes para resolver la cuestión. Con estos datos y los fundamentos de los autos contenidos en el testimonio presentado por el recurrente, habrá la instrucción suficiente para que la Audiencia pueda resolver con acierto; y si ésta estimase que falta alguno de importancia, podrá reclamarlo para mejor proveer.

En el art. 75 de la ley anterior se prevenía que sobre el informe del juez se oyese al apelante. En la nueva ley se ha suprimido este trámite por ser innecesario: el apelante habrá expuesto en su recurso cuanto estime conducente: en el informe del juez estará la contestación; y esto basta para cerrar el debate. Tampoco debe oírse á la parte contraria, porque la ley no lo autoriza, sin duda en consideración á que la cuestión se empeña entre el apelante y el juez: así es que no se le cita para este recurso, y no podrá tenerse por parte aunque se persone y lo solicite.

Y concluye el art. 400, último de este comentario, ordenando que recibido el informe del juez, la Audiencia resolverá "sin más trámites" lo que creá justo. Si estima bien denegada la apelación, declarará no haber lugar al recurso de queja, condenando en las costas al recurrente, y mandando ponerlo en conocimiento del juez por medio de carta-orden para que conste en los autos. Y si estima lo contrario, declarará haber lugar al recurso y que debió otorgarse la apelación, mandando que se tenga por admitida en ambos efectos ó en uno solo, según proceda; añadiendo en el primer caso, que se libre orden al juez para que remita los autos originales en el término y con los emplazamientos que previene el art. 387, y en el segundo para que se facilite el testimonio al apelante, ó se haga lo que proceda de lo prevenido en los artículos 391, 392 y 393.

SECCION SEGUNDA.

RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS.

Artículo 401.

Contra las providencias de mera tramitación que dicten las Audiencias, no se da recurso alguno, salvo el de responsabilidad.

Por este artículo se restablece nuestra antigua jurisprudencia, modificando, ó mejor dicho, aclarando el 68 de la ley de 1855, que al conceder el recurso de súplica contra las providencias interlocutorias, sin distinción, que dictaren los tribunales superiores, daba lugar á que, contra su intención acaso, pudiera entenderse que era aplicable á toda clase de providencias. Ahora se manda

clara y explícitamente, que no cabe recurso alguno contra las de "mera tramitación" que dicten las Audiencias, salvo el de responsabilidad. Cuáles sean dichas providencias ya está explicado en las páginas 124 y 159 y siguientes de este tomo (1). Y respecto de las que no sean de mera tramitación, por el artículo siguiente se conserva el recurso de súplica, como veremos al comentarlo.

Contra las providencias de mera tramitación que dicten los jueces de primera instancia, el artículo 376 concede el recurso de reposición, y contra las que dictan las Audiencias no se da dicho recurso ni otro alguno. ¿Por qué esta diferencia tan radical? Fácil es de comprender la razón en que se funda. Como en la primera instancia se plantean y debaten por escrito las cuestiones del pleito y se hacen las pruebas, el procedimiento es más extenso y complicado que en la segunda; tiene que dirigirlo el juez "único," y si se equivoca, como es fácil, al dictar una providencia de mera tramitación, es conveniente que la parte le llame la atención, citándole el artículo de la ley que haya infringido, para que reforme su providencia y no se perturbe la marcha del procedimiento. En la segunda instancia los trámites son más sencillos; por regla general están limitados á la formación del apuntamiento, instrucción de las partes y del ponente y citación para la vista: por esta misma sencillez, que excluye las complicaciones y pretensiones á que se presta la primera instancia, y porque han de concurrir tres magistrados por lo menos á dictar esas providencias, la ley supone que no puede haber equivocación, y que si la hubiere, no puede ser de trascendencia para la defensa de los litigantes: cuando la tiene, ya cede otros recursos. Por esto, y para cerrar la puerta á los abusos de los litigantes de mala fé, no se da recurso alguno, como no se había dado en la práctica antigua, contra dichas providencias; pero se deja á salvo el de responsabilidad, como garantía suficiente para que los tribunales superiores no procedan con negligencia ni con arbitrariedad, pues si faltaren á la ley, tendrían que indemnizar los perjuicios ocasionados á los litigantes, y acaso sufrir la pena de suspensión que determina el artículo 367 del Código penal.

(1) Allí hemos consignado que, para determinar si es ó no de "mera tramitación" una providencia, debe atenderse á su objeto, alcance y trascendencia, y así se deduce también de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en un recurso de casación en que se citó como infringido el art. 401, objeto de este comentario. El caso fué el siguiente:—Interpuesta y admitida en ambos efectos la apelación de la sentencia definitiva recaída en un juicio ordinario, el apelante se personó en la Audiencia después del término del emplazamiento, no obstante lo cual la Sala acordó que se pasaran los autos al relator para la formación del apuntamiento. El apelado suplicó de esta providencia, solicitando se declare desierta la apelación, y firme de derecho la sentencia apelada, conforme á lo dispuesto en el art. 840 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no haberse personado en tiempo el apelante, y en su virtud la Sala suplió y enmendó su citada providencia y declaró desierta la apelación. Contra este auto interpuso el apelante recurso de casación, fundándolo en que, siendo de mera tramitación la providencia mandando formar el apuntamiento, no se daba contra ella recurso alguno, más que el de responsabilidad, según el art. 401, el cual había sido infringido al admitir y estimar el de súplica, en cuya virtud se dejaba sin efecto dicha providencia; pero el Tribunal Supremo, estimando que, en dicho caso, no podía ser considerada tal providencia como de mera tramitación, declaró no haber lugar al recurso por "sentencia de 19 de Mayo de 1883," estableciendo la doctrina que sigue:

"Considerando que el auto recurrido no infringe el art. 401 de la ley de Enjuiciamiento civil, único fundamento del recurso, porque en 10 de Octubre de 1882 (fecha de la providencia mandando formar el apuntamiento) la sentencia de primera instancia, apelada por los recurrentes, era firme de derecho, y por consiguiente la providencia de aquella fecha, acordada por la Audiencia abriendo una segunda instancia improcedente, no era de mera tramitación, ni por el estado que tenía el pleito cuando fué dictada, ni por lo que, una vez consentida, podía afectar á lo juzgado definitiva é irrevocablemente."