

cias en dicho recurso de súplica, solo se dará el de casacion en los casos expresamente determinados por esta Ley.

Contra las que dicte el Tribunal Supremo, no se dará recurso alguno.

Estos tres artículos últimos del título en que la Ley se ocupa de los incidentes de cualidad ordinaria, son nuevos con relacion á la Ley de 1855, y fijan la tramitacion que ha de darse á esos incidentes, no solo en la segunda instancia sino tambien en los recursos de casacion. Pero entendiéndose que no se ocupan de la segunda instancia de los incidentes, para lo cual dedica la Ley una seccion especial, sino de los incidentes que surjan durante la segunda instancia de los pleitos, ó durante la sustanciacion del recurso de casacion.

Los incidentes que se promuevan en cualquiera de estas dos instancias han de ser tramitados y resueltos con arreglo á las disposiciones de este título que quedan anotadas, excepcion hecha de la apelacion que aquí no tiene lugar, segun las prescripciones de los artículos 402 y 405. De esa sentencia, resolviendo el incidente, bien sea dada por la Audiencia, bien por el Tribunal Supremo, solo procede el recurso de súplica para ante la misma Sala. Y aun cuando la Ley no dice aquí dentro de qué término hay que suplicar, este está previsto en el art. 402, que fija el de cinco dias.

El primer párrafo del art. 760 es una repeticion del art. 378, al que se refiere el 402 para sustanciar la súplica, y que dispone que dentro de los tres dias siguientes al de la entrega de la copia del escrito de súplica á los otros colitigantes, podrán éstos contestar lo que estimen conveniente. No se fija el término en que la Sala ha de dictar resolucion. Pero como estos artículos están íntimamente relacionados con los que tratan de los recursos que proceden contra las resoluciones de las Audiencias y del Tribunal Supremo, y como el art. 379, á que se refiere el 402, fija ese término dentro de tercero dia, creemos indudable que ese es el que la Ley concede para este caso, entendiéndose que esa resolucion se ha de acordar sin más trámite que el informe prévio del Magistrado Ponente.

El art. 761 está en consonancia con el 404. Si la resolucion del recurso de súplica se dicta por la Audiencia, solo procederá el recurso de casacion en los casos expresamente determinados por la Ley (art. 1690),

y si la resolucion es del Tribunal Supremo, contra ella no se da recurso alguno.

Véanse las notas á los artículos 402, 03, 404, 405 y 406.

## TITULO IV.

### De los juicios en rebeldía.

Al tratar la Ley de las notificaciones en los estrados, habla en su artículo 281, de los litigantes que se constituyen en *rebeldía*, que en lenguaje forense significa, como hemos dicho, que citado el reo y no compareciendo, se le tiene y considera como presente para la prosecucion del pleito, hasta dictar sentencia definitiva, y se sigue en los estrados del Tribunal, que por una ficcion de derecho representan en tal caso la persona del ausente, contumaz ó rebelde. Pero la Ley, en el artículo que dejamos citado, habla de *rebeldía* de una manera incidental, puesto que todo lo relativo á los *juicios en rebeldía* los trata en el título y artículos de que ahora nos ocupamos.

El procedimiento en rebeldía tiende á evitar la mala fe de un litigante, que citado en debida forma no comparece á defenderse ó á hacer uso de su derecho; y no seria justo que en tal caso quedara en suspenso el pleito, con notorio perjuicio de los derechos del actor ó demandante, que por otra parte vendria á ser de peor condicion que el demandado rebelde. Y de aquí la ficcion legal de suponer que los estrados de los Tribunales representan la persona de éste.

En el comentario del art. 527 (pág. 541 del tomo 1º), hicimos una ligera reseña de nuestra antigua legislacion sobre esta materia, indicando que nuestros Códigos, tomándolo de las leyes romanas, permitieron la vía de *asentamiento* ó la de *prueba*; aquella que era la tenencia ó posesion que por la rebeldía del demandado en no comparecer á juicio ó en no contestar á la demanda daba el Juez al demandante de la cosa que pedia, si la accion era real y de algunos bienes del demandado si era personal, y la segunda, que consistia en que por la contumacia del demandado pudiera el Juez ir adelante en su rebeldía "recibiendo testigos del demandado ú otras pruebas si hubiere para probar su intencion, así como si el pleito fuese contestado y dar sentencia definitiva en él sin otro emplazamiento;" que es en realidad el juicio en rebeldía hoy

admitido, y sin duda el más ventajoso; porque si bien por la vía de asentamiento el demandante era puesto en posesion ó tenencia de la cosa litigiosa ó en la de bienes bastantes á cubrir lo pedido, segun que la accion fuese real ó personal, siendo considerado como legítimo poseedor si el demandado no comparecia dentro de dos meses en el primer caso, y de uno en el segundo, quedaba á éste, sin embargo, el derecho de entablar en cualquier tiempo el juicio de propiedad, segun las leyes 1ª, tít. 5º, libro 11 de la Novísima Recopilacion, y la 6ª, tít. 8º, Partida 3ª, permaneciendo de esta manera en incierto los derechos del actor, sin poder disponer libremente de los bienes que habia recibido en virtud del asentamiento. Y de aquí que se adoptase y diese la preferencia á la vía de prueba, ó sea el medio de seguir adelante el juicio en rebeldía hasta obtener la sentencia ejecutoria.

La ley de Enjuiciamiento civil reformada, consideró este sistema como el más conveniente, y lo adoptó como base del procedimiento, y á su vez lo ha adoptado la que comentamos; pero para estimular sin duda al demandado á que no abandone el juicio, permite, á semejanza de la vía de asentamiento, la retencion y embargo de sus bienes hasta en cantidad suficiente para asegurar lo que sea objeto de la demanda, pues la contumacia, ya que no produzca el efecto que le atribuyó la ley del ordenamiento de Alcalá, que pasó á ser la 1ª del tít. 6º, libro 11 de la Novísima Recopilacion, de haber por confeso al reo que en ella incurra, induce á la presuncion de que no tiene razones para defenderse, ó que procede de mala fe, y justo es en uno ú otro caso asegurar las resultas del juicio.

Una cuestion importante se suscitó á la publicacion de la Ley de 1855: la de si las disposiciones sobre juicios en rebeldía eran aplicables á todos los juicios. La Ley anterior no lo decia expresamente; pero examinando sus comentadores las disposiciones de este título, y comparándolas con las de otros juicios, entendieron que aquellas solo son aplicables en su totalidad á los juicios ordinarios declarativos, y no á los ejecutivos ni á los sumarios ó sumarísimos, que están sujetos á trámites especiales, y en cada uno de los cuales la ley determina el procedimiento que ha de seguirse, comparezca ó no el demandado, y los efectos que produce la sentencia. Aparte de que dichos juicios no causan estado y puede entablarse en todos ellos la vía ordinaria despues de terminados, teniendo expedito este recurso ordinario el que ha sido condenado en

rebeldía para que se repare cualquier agravio que pueda habersele causado, no debe concedérsele el extraordinario de presentarle audiencia contra la ejecutoria. Ahora si en esos juicios ejecutivos sumarios ó sumarísimos se promueve una cuestion de las que deben ventilarse y decidirse en vía ordinaria, entónces serán aplicables á este nuevo juicio todas las disposiciones del título de juicios en rebeldía.

Entendemos acertada esta opinion dentro de las prescripciones de la nueva Ley; porque si bien esta en su art. 281 dice que en toda clase de juicios é instancias cuando sea declarado ó se constituya en rebeldía un litigante no compareciendo en el juicio despues de citado en forma, no se volverá á practicar diligencia alguna en su busca, y todas las providencias que de allí en adelante recaigan en el pleito, y cuantos emplazamientos ó citaciones deban hacerse, se notificarán y ejecutarán en los estrados del Tribunal, esto se entiende para el solo efecto de declarar la rebeldía y continuar el pleito; pero no quiere decir que todas las disposiciones del título que comentamos sean aplicables en su totalidad á toda clase de juicios. Así que pueda sostenerse que la regla general es que las disposiciones de este título únicamente son aplicables en su totalidad los juicios ordinarios declarativos, y lo serán á los demas solo en lo necesario para que tenga cumplimiento lo dispuesto por la Ley expresamente acerca de ella.

*Jurisprudencia.*—Las leyes 13 y 19, tít. 22, y 14, tít. 23 de la Partida 3ª, no son aplicables á los juicios en rebeldía, puesto que la parte tiene derecho á presentarse en la segunda instancia. (14 de Abril de 1866.)

Las leyes 9ª, tít. 22, y 1ª, tít. 8º, part. 3ª, que califican de rebelde y contumaz al que no deduce su acción habiéndoselo prevenido el Juez, no prosigue en ella ó se oculta maliciosamente, fueron derogadas por la ley de Enjuiciamiento civil. (S., 13 de Mayo de 1868.)

Art. 762. Desde el momento en que el demandado haya sido declarado en rebeldía, además de practicarse lo que ordena el artículo 281, se decretará, si la parte contraria lo pidiere, la retencion de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto se estimen necesarios para asegurar lo que sea objeto del juicio. (*Ley ant., arts. 1181, 1182, 1183 y 1184.*)

La Ley da ya por supuesta la rebeldía del demandado, y sus disposi-

ciones parten de este hecho. La declaracion de rebeldía se hará en los casos y circunstancias que en cada juicio se ordenan; y una vez hecha, se observará lo que disponen los artículos que vamos á anotar.

En primer lugar, se practicará lo ordenado en el art. 281, esto es, que no volviendo á practicar diligencia alguna en busca del demandado todas las providencias que en adelante recaigan en el pleito, y cuantos emplazamientos y citaciones deban hacerse, se notificarán y ejecutará en los estrados del Juzgado ó Tribunal, salvo los casos en que otra cosa se prevenga.

La verdadera importancia del artículo que anotamos y propia ya del título de la Ley en que está colocado es la referente á decretarse, si la parte contraria lo pide, la retencion de los bienes muebles de toda clase del demandado rebelde, y el embargo de los inmuebles, en cuanto sea necesario para asegurar lo que sea objeto del juicio.

Ya hemos indicado en la introduccion de este título la razon y objeto de esta disposicion, así como la de los dos artículos que preceden y que solo son aplicables á los juicios ordinarios, porque solo en ellos puede ser necesario, asegurar lo que sea objeto del juicio.

El art. 1184 de la antigua Ley, del que está tomado parte del que comentamos, solo hablaba del litigante rebelde, y el que anotamos dice el demandado rebelde; y así es en efecto, puesto que su disposicion solo á este puede referirse. Aun cuando el demandante se constituya en rebeldía, lo que solo puede acontecer en segunda instancia cuando el demandado haya apelado de la sentencia de primera, no procedería la retencion ó embargo de sus bienes, porque como él no posee ni debe lo que sea objeto del juicio, no hay términos hábiles para esa retencion ó embargo. Solo en el caso de reconvenccion podria tener lugar: pero esto por la circunstancia de que en virtud de esa reconvenccion, el demandante, respecto de ella, deja de serlo y se constituye en demandado, y cabe asegurar lo que sea objeto de la reconvenccion.

Generalmente suelen usarse como sinónimas las palabras retencion y embargo, pero la Ley la usa en sentido diferente y se ocupa de cada una de ellas en artículos distintos, produciendo distintos efectos. La retencion se aplica á los bienes muebles de toda clase, y de ella trata el art. 763, y el embargo á los inmuebles de que se ocupa el 764. Aun cuando la Ley no establece el orden de preferencia entre la retencion y el embargo, viene á demostrar que mientras haya bienes muebles sufi-

cientes que retener no debe procederse al embargo de los inmuebles, y aun respecto de los muebles deberá seguirse el orden prescrito en el art. 1447 para las ejecuciones, observándose asimismo lo que dispone el art. 1449 y 1451 en cuanto á las cosas que no pueden embargarse, y respecto á la retencion de sueldos ó pensiones. Pero aun cuando esta sea la regla general, siempre que la demanda se limite á una cosa determinada, la retencion ó el embargo se limitarán tambien á ella sola, pues de este modo queda asegurado lo que sea objeto del litigio.

Téngase en cuenta que ni la retencion ni el embargo pueden decretarse sino á instancia de parte, como lo prescribe el artículo que anotamos, la cual podrá solicitarlo en cualquier estado del juicio, tanto en primera como en segunda instancia, una vez declarada la rebeldía; porque la consecuencia de esta declaracion es dejar expedito el derecho de actor para deducir dicha solicitud cuando lo estime conveniente. Pedida la retencion, y á falta de bienes muebles el embargo, el Juez accederá de plano á esta peticion, pero solo en cuanto sea necesario para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio. De estas últimas palabras del artículo, se reduce que la retencion y el embargo no pueden hacerse extensivos á las costas, porque estas no son el objeto del juicio ni el crédito que se reclama, sino un accesorio; y así cuando la accion sea reivindicatoria, solo se retendrá ó embargará la cosa mueble ó inmueble que se reclame.

Art. 763. La retencion se hará en poder de la persona que tenga á su disposicion ó bajo su custodia los bienes muebles en que haya de consistir, ya sea el mismo demandado, ó ya un tercero, si por su arraigo ofreciere garantías suficientes, á juicio del Juez, para responder de ellos.

Si no las ofreciere, y exigidas no las prestare, se constituirán los muebles en depósito, entendiéndose de cuenta y riesgo del litigante rebelde. (*Ley ant., art. 1185.*)

Este artículo determina la forma de la retencion; y aun cuando está tomado del 1185 de la antigua Ley, se han hecho algunas modificaciones, si bien en el fondo su disposicion es la misma. Tiende esta á conciliar los intereses de ambas partes, de manera que, quedando asegurado lo que sea objeto del juicio, no se causen al demandado perjuicios y vejaciones que pueden excusarse. Así, pues, ordena que la retencion se haga en poder de la persona que tenga á su disposicion ó bajo su custo-

dia los bienes muebles en que aquella haya de consistir, ya sea el demandado ó ya un tercero. Pero como esta disposicion pudiera convertirse solo en favor del demandado rebelde, y quizás en contra del actor, y como la Ley tiende á equiparar los derechos de ambos, añade á renglon seguido que esto se hará si la persona que tuviere los bienes por su arraigo ofreciere garantías suficientes á juicio del Juez para responder de ellos, pues si no las ofreciere, y exigidas no las prestare, se constituirán los muebles en depósito, entendiéndose de cuenta y riesgo del litigante rebelde.

La Ley no habla nada de la forma en que han de pedirse y acordarse las prescripciones de este artículo; pero su ejecucion no puede dar lugar á duda. El actor, al pedir la retencion, deberá manifestar en poder ó bajo la custodia de quién están los bienes que hayan de ser objeto de aquella, y si es ó no á su juicio persona de arraigo y de garantías, solicitando, caso de no serlo, que se le exija que las preste, y de lo contrario, se constituyan los bienes en depósito. El Juez acordará sobre esta peticion, resolviendo acerca de la suficiencia ó insuficiencia de las garantías, para lo que la Ley le faculta, y acordará, en su consecuencia, segun proceda á su juicio, la retencion de los muebles en poder de la persona que los tenga ó la constitucion de los mismos en depósito.

Podrá acontecer que el demandante no esté conforme con el Juez, si éste opina que el rebelde ó la persona que tenga en su poder los bienes es de garantías y arraigo, y aun cuando la Ley no dice nada respecto á este particular, el actor tendrá expedito su derecho para utilizar contra la resolucion judicial los recursos que la Ley autoriza contra las resoluciones judiciales.

Una vez decretada la retencion, ó en su caso el depósito, se llevará á efecto por un alguacil del Juzgado, como para toda clase de embargos lo ordena el art. 1142, á no ser que los bienes estuvieren en otro pueblo ó fuera de la jurisdiccion del Juez que entiende en el pleito, en cuyo caso éste dirigirá carta-orden al Juez municipal ó exhorto al de primera instancia correspondiente. Y aun cuando el art. 1142 solo habla de que el mandamiento se entregue al alguacil del Juzgado, creemos conveniente, puesto que la Ley no lo prohíbe, que en este caso se ejecute la diligencia por el alguacil y Escribano, y aun puede servir como mandamiento la misma providencia en que se ha acordado. Si por ofrecer garantías ó haberlas prestado la persona en cuyo poder se ha-

llen los bienes se acuerda que estos continuasen en él, la diligencia de retencion se reducirá á formar una relacion ó un inventario de estos, requiriendo al tenedor para que los exhiba á este objeto, y haciéndole la prevencion de que los conserve á disposicion del Juzgado bajo su responsabilidad.

Si al acordar la retencion se hubiere mandado exigir fianza ó la suficiente garantía, se le requerirá para que la preste en el acto de hacer la descripcion de los bienes ó dentro del plazo que al efecto se le haya concedido, si el Juez lo ha creido conveniente, y si no lo verifica, se constituirán los bienes en depósito con arreglo á las disposiciones del artículo 1442.

Si la retencion fuere de una cantidad de dinero que un tercero deba al demandado, se hará á aquel requerimiento para que la retenga á disposicion del Juzgado y á las resultas del juicio, sin pagarla ni entregarla á su acreedor ni á otra persona, bajo pena de mal pagado; y en este caso, si no hubiere vencido el plazo para pagarla, no podrá exigirse fianza.

Aun cuando el artículo dice que el depósito se entenderá de cuenta y riesgo del litigante rebelde, no por eso ha de entenderse relevado el depositario de la responsabilidad en que pueda incurrir si falta á los deberes de su cargo.

Al rebelde se le exigirá fianza ó garantía en el caso, que será casi general, de que no sea persona que inspire la suficiente garantía, y esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que permite el derecho; si la prestare en metálico ó efectos públicos se consignarán en la Caja de Depósitos, siendo del mismo litigante rebelde ó del tercero que haya dado esa garantía los intereses que produzca.

Art. 764. El embargo de los inmuebles se hará expidiendo mandamientos por duplicado al Registrador de la propiedad á que corresponda para que ponga anotacion preventiva sobre los bienes, con prohibicion absoluta de venderlos, gravarlos ni obligarlos.

Uno de los ejemplares, despues de cumplimentado, se unirá á los autos para que surta en ellos los efectos oportunos. (*Ley ant., art. 1186.*)

Este artículo, que tiene su origen en el 1186 de la Ley anterior, aunque varía en la forma, se ocupa del embargo de los inmuebles, para

el cual el procedimiento es distinto, como distintos son, según hemos dicho, el embargo y la retención, pues en esta han de quedar los bienes muebles á disposición del Juzgado, y en el embargo, los inmuebles que son su objeto, solo se impide la libre disposición de ellos, pero quedando el embargado en posesión y aprovechamiento de ellos, puesto que no se hace otra cosa que constituir sobre los mismos una hipoteca judicial.

Como declarado un demandado en rebeldía existe el peligro de que desaparezcan ó se oculten los bienes inmuebles objeto del litigio, y en ningún caso, ínterin no se dé una sentencia ejecutoria, pueden depositarse ni privar de su posesión al que los tenga en su poder, el embargo se reduce á constituir esa hipoteca que lleva consigo la prohibición absoluta de venderlos, gravarlos ú obligarlos, cuya hipoteca se ha de anotar en el registro correspondiente al partido en que radique la finca ó fincas, expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento.

La Ley Hipotecaria ha dado el nombre de anotaciones preventivas á las que antes se llamaban hipotecas judiciales, cuyas disposiciones en este punto, que trata el tít. 3.º de la misma Ley, habrán de consultarse para ponerlas en relación con las de la Ley que anotamos.

La anotación preventiva podrá solicitarla el demandante en cualquier estado del juicio, una vez declarada la rebeldía y á falta de bienes muebles, expresando en el mismo escrito en que la pida si ha de ser de una finca determinada ó de cualquiera de las del demandado, y en el primer caso, su naturaleza, situación, medida, linderos, nombre y número si constase, ó refiriéndose á lo que resulte de los documentos presentados en autos. Al efecto, el Juez expedirá el oportuno mandamiento por duplicado, en el cual se expresará la causa que da lugar al embargo, y el importe de la obligación que lo origina y demás circunstancias que deba contener la anotación preventiva, según los arts. 9.º, 72, 73 y 74 de ley Hipotecaria. Decretado el embargo, no podrá excusarse ni suspenderse la anotación por oposición de la parte contraria, según los arts. 41 y 43 del Reglamento para la ejecución de dicha Ley. El mandamiento ha de contener la providencia literal en que haya sido acordado, y en su virtud el Registrador verificará la anotación, dando cuenta al Juez de haberla cumplido según el art. 45 de la Ley, teniendo presente que la anotación preventiva es nula cuando por ella no puede venirse en conocimiento de la finca anotada, de la persona á

quien afecte la anotación, ó de la fecha de ésta, según el art. 76 de la repetida ley Hipotecaria. El Registrador se quedará con uno de los mandamientos y el otro lo devolverá al Juzgado, diligenciado y con la nota de haber sido registrado, uniéndose á los autos para que surta en ellos los efectos oportunos. Si el Registro en que radique la finca que haya de anotarse no estuviera en el territorio del Juzgado que acuerde la anotación, se dirigirá exhorto al Juez correspondiente, para que éste á su vez ordene al Registrador su cumplimiento, como hemos manifestado en la nota al art. 288.

Una vez hecha la anotación en debida forma, los bienes quedan sujetos á las resultas del juicio, sin perjuicio de tercero con mejor derecho á ellos. La anotación lleva consigo la prohibición absoluta de venderlos, gravarlos ni obligarlos. Pero hay que advertir que la ley Hipotecaria en su art. 71 previene que los bienes inmuebles ó derechos reales anotados podrán ser enajenados ó gravados, sin perjuicio de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotación, por lo que entendemos que ha de estarse á esta disposición, toda vez que ningún perjuicio se sigue al litigante á cuyo favor se anotaron, y además, si el dueño de ellos los enajenare ó gravare como libres, incurriría en la responsabilidad criminal que fija el párrafo 2.º del art. 550 del Código penal.

Art. 765. La retención ó embargo practicados á consecuencia de la declaración en rebeldía, continuarán hasta la conclusión del juicio. (*Ley ant., art. 1188.*)

Este artículo, que es exactamente el párrafo 1.º del 1188 de la antigua Ley ha tenido mejor colocación que lo tuvo en aquella Ley, porque es el complemento del artículo que le precede.

La disposición de este artículo es de una justicia irreprochable, puesto que si la anotación se practica para asegurar las resultas del juicio, nada más lógico que esa anotación continúe viva hasta que el juicio se dé por terminado. Si es absuelto el rebelde en la ejecutoria, se mandará alzar la retención ó embargo, expidiéndose al efecto el oportuno mandamiento, y si fuere condenado, los bienes embargados ó retenidos servirán para el cumplimiento de la sentencia, cuando pueda ejecutarse, ya vendiéndolos por los trámites de la Ley, ya entregándolos al demandado si se hubiere declarado su pertenencia.

Art. 766. Cualquiera que sea el estado del pleito en que

el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciacion, sin que ésta pueda retroceder en ningun caso. (*Ley ant., art. 1187.*)

Este artículo es el 1187 de la Ley anterior, pero con una notable omision, que creemos intencionada y justa. El artículo de la Ley anterior disponia que fuera admitido el litigante rebelde como parte, y fuese oido durante la primera instancia, y el artículo que anotamos ha suprimido las palabras "durante la primera instancia," diciendo sencillamente que en cualquier estado del pleito en que comparezca será admitido como parte y se entenderá con él la sustanciacion, sin que esta pueda retroceder en ningun caso.

Por más que la Ley antigua estaba clara y de su letra se deducia que solo durante la primera instancia podria presentarse y ser oido el rebelde, desde luego los comentaristas de aquella Ley creyeron que sobraban esas palabras, que con razon ha suprimido la reformada, y que el litigante podia presentarse y ser oido en cualquier estado del pleito, y así se ha entendido en la práctica.

Por lo demas, la justicia de esta disposicion no puede ponerse en duda. Los estrados, solo por una ficcion legal representan á la persona del litigante rebelde, y desde el momento que éste comparezca, cesa aquella ficcion y debe admitirse la presencia real del que fué rebelde. Pero como la primera parte de este artículo podria favorecer la mala fe de un litigante y causar perjuicios á la contraria, se dispone inmediatamente que la presentacion del litigante rebelde en ningun caso puede retroceder la sustanciacion del pleito; de suerte que ese litigante tiene que aceptar el juicio en el estado en que se halle cuando comparece, y desechando la práctica antigua, que fundada en la ley 11, tít. 7.º, Partida 3.ª, concedia la reposicion del pleito al estado de contestacion 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.

La admision del litigante rebelde en cualquier estado del juicio, no tiene otro objeto que el de permitirle las excepciones ó medios de defensa que le asistan y sean compatibles con el estado del procedimiento. Así que 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.

*Jurisprudencia.*—Cualquiera que sea el estado del pleito durante la primera instancia, si el litigante comparece será admitido como parte y se entenderá con él la sustanciacion. (Sents., 31 de Diciembre de 1864 y 2 de Diciembre de 1869.)

El art. 1187 nada se opone al 1192. Comparecidos en los autos los demandados despues de dictada sentencia de primera instancia y habiendo solicitado en la segunda el recibimiento á prueba, en conformidad á lo prevenido en este último artículo, no retrograda en nada la sustanciacion del pleito por la admision y práctica de dichas pruebas en la misma segunda instancia. (Sent. de 10 de Mayo de 1872.)

Art. 767. Si compareciere despues del término de prueba en primera instancia, ó durante la segunda, se recibirán en esta precisamente los autos á prueba, si lo pidiere y fueren de hecho las cuestiones que se discutan en el pleito. (*Ley ant., art. 1192.*)

La disposicion de este artículo está tomada de la del 1192 de la antigua Ley y colocada en lugar más oportuno, pues que tiene relacion inmediata con el artículo que acabamos de anotar. La Ley en este ha dicho como regla general, que el litigante puede comparecer en cualquier estado del pleito, pero como los trámites de un negocio son distintos y pueden tener resultados de mayor ó menor importancia, en el artículo de que tratamos habla del caso en que el litigante comparezca despues del término de prueba en primera instancia ó durante la segunda, y para uno ú otro caso dispone que en segunda instancia, precisamente, se recibirán los autos á prueba si la parte lo pidiere y fuesen de hecho las cuestiones que se discutan en el pleito.

Si el litigante rebelde comparece ántes del término de prueba, se le entregarán los autos para presentar el escrito de dúplica si esta procede por no haber renunciado el actor á la réplica, segun el art. 547 y el pleito estuviere en ese estado, y en él podrá alegar cuantos medios de defensa le interesen y solicitar que se reciba el pleito á prueba; si se persona durante el término probatorio, podrá dentro de él hacer la prueba que le convenga por medio de un escrito de ampliacion del que se dará traslado á la otra parte. 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 como dispone el artículo que anotamos.

En realidad esta es una dilacion probatoria, que en la mayor parte de los casos no podrá tener lugar sin la disposicion del núm. 5º del art. 862.

El art. 1192 de la Ley anterior disponia que se recibiese el pleito á prueba en la segunda instancia si el litigante rebelde lo pidiere y las cuestiones que se discutieran fueran de hecho "aun cuando no concu-riesen todas las circunstancias designadas en el art. 869;" y esta excep-cion era necesaria, puesto que siguiendo estrictamente la regla 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 sustanciacion, el recibimiento á prueba no podria tener lugar en la mayor parte de los casos, puesto que segun el art. 869 el recibimiento á prueba en segun-da instancia solo podrá otorgarse cuando no hubiese podido hacerse en la primera por cualquier causa no imputable al que la solicite, ó cuan-do con posterioridad hayan ocurrido hechos nuevos ó cuando se haya adquirido conocimiento de algun hecho anterior ignorado de la parte á quien interese. El artículo que anotamos ha suprimido las palabras "aun cuando no concurren todas las circunstancias designadas en el art. 869," que es el 862 de la reformada, y las ha suprimido por inne-cesarias, puesto que en el núm. 5º de ese art. 862 ha dispuesto que se otorgará el recibimiento á prueba en la segunda instancia "cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiese personado en los autos en cualquiera de las dos instancias, despues del término concedido para proponer la prueba en la primera." Este es un principio de equidad que tiende, por otra parte, al esclarecimiento de la verdad.

En el caso de que se trata se admitirá toda la prueba que propon-gan las partes, segun dispone el último párrafo del art. 862, no solo la que proponga el litigante rebelde, puesto que otorgado el recibimiento á prueba los términos son siempre comunes á los litigantes, á no ser que la Ley disponga expresamente otra cosa, y en todo caso el recibimiento á prueba ha de sujetarse á las demas condiciones establecidas para la segunda instancia.

Art. 768. Podrá tambien pedir que se alce la retencion ó el embargo de sus bienes, alegando y justificando cumplida-

mente no haber podido comparecer en el juicio por fuerza mayor insuperable.

La solicitud que con este objeto presente, se sustanciará como incidente en pieza separada, sin que se suspenda el curso de la demanda principal. (*Ley ant., art. 1188, párrafo 2.º, y art. 1189.*)

El primer párrafo de este artículo constituia el segundo del art. 1188 de la antigua Ley puesto como excepcion á la regla general de que la retencion y embargo continuará hasta la terminacion del juicio (art. 765 de la Ley actual), y el segundo párrafo lo constituia el art. 1189. Y hemos de convenir en que esta era su verdadera colocacion, y no la que los ha dado la nueva Ley, puesto que está íntimamente ligado con di-cho art. 765, y en su consecuencia el que anotamos debia ser el 766.

Hemos dicho que la práctica antigua concedia la reposicion del plei-to al estado de contestacion cuando el demandado rebelde alegaba y probaba que no habia comparecido por no tener noticia del emplaza-miento ó por habérselo impedido una fuerza mayor; y la nueva Ley, como la anterior, ya que no permiten como las antiguas leyes la retro-gradacion del pleito, sin embargo, con el objeto de causar los ménos perjuicios y vejaciones á los litigantes rebeldes que comparecen des-pues, les permite pedir que se alce la retencion ó el embargo de sus bienes, pero siempre que aleguen y justifiquen cumplidamente no ha-ber podido comparecer en el juicio por fuerza mayor insuperable.

No basta una fuerza mayor cualquiera, sino que ha de ser *insupera-ble*, de tal naturaleza que no haya podido vencerla el litigante rebelde. Las leyes 1ª, tít. 7.º y 12, tít. 23 de la Partida 3ª, que ordenaron lo conveniente para que el demandado que no compareciese dentro del término del emplazamiento, no incurriese en la pena de los rebeldes, citan como casos de fuerza mayor "una grave enfermedad, embargo en el camino por lleno de rios ó de grandes nieves ó de otra tempestad, ó si lo embargasen ladron es enemigos conocidos, de una manera que non osasen venir, á ménos de peligro de muerte, ó si fuere preso ó embar-gado por alguna otra razon semejante destas." A esas causas podían alegarse tambien las de revolucion, guerra, epidemia, etc. Pero no val-drá al litigante alegar que no habia llegado á su noticia el emplaza-miento, puesto que esa causa no está comprendida entre las disposicio-nes del artículo que anotamos, si se hubiera hecho en forma legal, pues