

en otro caso puede pedirse y procederá la nulidad de todo el procedimiento, y de consiguiente, la de la retencion ó embargo.

La apreciacion de si la causa de fuerza mayor alegada por el litigante rebelde tué tal como la exige la Ley, queda al prudente arbitrio judicial; pero es necesario que el litigante la justifique cumplidamente ó con prueba plena. Y no bastará probar que la fuerza mayor existió durante el término del emplazamiento, sino además que no dejó de existir hasta que compareció en el juicio, como para un caso análogo lo dispone el art. 774, puesto que si dejó de existir la fuerza mayor, y sin embargo, el litigante no acudió á personarse en los autos, desde este momento se constituye en rebeldía, y no puede acogerse á la excepcion antedicha.

Por el párrafo segundo del artículo que anotamos se dispone, como disponia la Ley antigua, que la solicitud que con el objeto de pedir el alzamiento de la retencion ó embargo se presente se sustanciará como incidente en pieza separada, sin que se suspenda el curso de la demanda principal: incidente que está comprendido en el art. 746.

Para la formacion de la pieza separada se observará lo que dispone el artículo 747, y el incidente se sustanciará por los trámites establecidos en los artículos 749 y siguientes, teniendo tambien presente lo que ordena el 759, para el caso en que se promueva durante la segunda instancia.

Art. 769. La sentencia que se pronuncie en el juicio seguido en rebeldía, será notificada personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido, si así lo solicitare la parte contraria. En otro caso se hará la notificacion en la forma prevenida en los artículos 282 y 283.

En los edictos se insertará solamente el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia, con la firma del Juez que la hubiere dictado, y se publicarán en el "Boletín oficial" de la provincia y en el "Diario oficial de Avisos" si lo hubiere en el lugar del juicio.

Tambien se publicarán dichos edictos en la "Gaceta de Madrid," cuando las circunstancias del caso lo exigieren, á juicio del Juez. (*Ley ant., art. 1190.*)

Art. 770. Lo dispuesto en el artículo anterior será aplicable á la notificacion y publicacion en su caso por edictos,

de la sentencia definitiva que se pronuncie en la segunda instancia. (*Ley ant., art. 1191.*)

Las disposiciones de estos dos artículos son aplicables á toda clase de juicios en rebeldía, y se refieren así á la sentencia definitiva en primera instancia como á la de segunda. Estas han de notificarse en primer lugar personalmente al litigante rebelde, cuando pueda ser habido siempre que lo solicite la parte contraria; la cual ha de facilitar al Juzgado ó Tribunal los datos necesarios á este objeto, y en otro caso, esto es, en la imposibilidad de poder ser habido el rebelde, ó aun cuando esto no ocurra, no lo solicite la parte demandante, se hará la notificacion en la forma que previenen los artículos 282 y 283, leyendo las sentencias en la audiencia pública del Juez ó Tribunal que las dictase y á presencia de dos testigos, los cuales firmarán la diligencia que al efecto se extenderá en los autos, autorizada por el actuario, y además se publicará por edictos que deberán fijarse en la puerta del local donde celebren sus audiencias los Jueces ó Tribunales, acreditándose asimismo por diligencia; y segun el párrafo segundo de este artículo, que guarda exacta correspondencia con el de igual número del art. 283, en los edictos solo se insertará el encabezamiento y la parte dispositiva de la sentencia con la firma del Juez que la hubiere dictado, y se publicará en el *Boletín oficial* de la provincia y en el *Diario oficial de Avisos*, si lo hubiere en el lugar del pleito, y si á juicio del Juez ó Tribunal las circunstancias exigieran que se publiquen en la *Gaceta de Madrid*, se hará así.

Tan repetida publicidad, obedece, por una parte, á facilitar los medios de que la sentencia llegue á noticia del condenado en rebeldía, y por otra, á fijar un punto de partida para hacer uso del derecho que la Ley concede á éste para reclamar contra la ejecutoria.

Todas las disposiciones de este título se refieren al demandado que se constituye en rebeldía, no compareciendo en el juicio, y no á los demandados que se obstinan maliciosamente en no contestar, confesando ó negando la demanda; á los cuales la ley 1ª, título 6º, libro 11 de la Novísima Recopilacion, tiene por confesos. De aquí que no puede deducirse que á los rebeldes se les tenga por confesos, y por tanto que el actor no esté obligado á probar su accion, sino que las leyes le imponen la obligacion de probarla cumplidamente, y si no lo hiciere, debe ser absuelto el demandado, no obstante su rebeldía, si bien condenándole

en las costas, como dispone, entre otras leyes, la 10, título 22, Partida 3ª, que hablando de lo que debe hacerse cuando el demandado no viniere á seguir el pleito, dice: "E si non viniere, debe el Juez catar los autos que pasaron en aquel pleito, é si fallare en ellos que el demandador haya probado claramente su intencion, debe dar su juicio contra el demandado é condenarlo en la demanda, magüer no sea adelante. E si por ventura el judgador entendiere que por los actos non prueba el demandador bien su demanda, debe dar por quito al demandado é condenarlo en las costas, porque fué desobediente en non venir ante él."

Art. 771. El litigante rebelde á quien haya sido notificada personalmente la sentencia definitiva, solo podrá utilizar contra ella el recurso de apelacion, y el de casacion cuando proceda, si los interpone dentro del término legal.

Art. 772. Los mismos recursos podrán utilizar los litigantes declarados en rebeldía, á quienes no haya sido notificada personalmente la sentencia.

En este caso el término legal para interponerlos, se contará desde el dia siguiente al de la publicacion de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Estos dos artículos son en realidad nuevos, y han venido á aclarar un punto dudoso de la antigua Ley. Para los comentaristas de ella era indudable que el litigante rebelde podia apelar de la sentencia de primera instancia. Pero como la Ley no disponia que la sentencia se notificase personalmente al rebelde, se dudaba desde cuándo principiaba á contarse el término para interponer la apelacion. Estos dos artículos aclaran la dificultad, y amplían los recursos concedidos á los rebeldes, equiparando para este efecto á los que se les ha notificado la sentencia personalmente con aquellos con quienes no se ha cumplido este requisito, y que solo por los edictos han podido conocerla. A unos y otros se les concede el recurso de apelacion y el de casacion, cuando procede, siempre que los interpongan dentro del término legal. Para los primeros litigantes, el término para uno ú otro recurso se contará desde el dia siguiente al en que se les hubiere notificado la sentencia, y para los segundos desde el siguiente al de la publicacion de la misma en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Art. 773. A los demandados que hubieren permanecido

constantemente en rebeldía y no se hallaren en ninguno de los casos de los dos artículos que preceden, podrá concederse audiencia contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito, para obtener su rescision y un nuevo fallo, en los casos concretos que se determinan en los artículos siguientes.

Este artículo pudiéramos decir que es la introduccion á los que le siguen, pues en él se sienta una regla general que los demas concretan y determinan.

Se refiere este artículo á aquellos litigantes rebeldes que hayan permanecido constantemente en este estado, y no se les hubiere podido notificar personalmente la sentencia definitiva, ni hayan tenido noticia de ella por los *Diarios Oficiales*; y á estos litigantes se les concede audiencia contra la sentencia firme que hubiere puesto término al pleito para obtener su rescision y un nuevo fallo; pero en los casos concretos que vamos á examinar en los siguientes artículos que determinan los efectos que producen las sentencias definitivas dictadas en rebeldía del demandado.

Aun cuando la Ley habla del litigante rebelde, debe entenderse del demandado, pues solo á él puede tener aplicacion lo que en estos artículos se dispone; porque si bien es verdad que la sentencia puede ser dictada en rebeldía del demandante, como sucede siempre que éste no comparece ante el Tribunal Superior ó el Supremo á seguir una apelacion interpuesta por el demandado, sin embargo, no concurren en él las circunstancias á que estos artículos de la Ley se refieren, puesto que se habla de litigantes rebeldes por su no presentacion, no en la instancia, sino en el juicio, y de consiguiente no pueden tener aplicacion á él, como tampoco puede tenerla al demandado que se constituye en rebeldía despues de terminada la primera instancia. En ella, tanto el demandante como el demandado tienen expuesto cuanto á su derecho puede conducir y pueden haber hecho la prueba que les conviniese. Si el que ganó el pleito en primera instancia no comparece en la segunda y es condenado en rebeldía, no hay razon para que se le conceda una nueva audiencia. Al no comparecer hace presumir que confia en la justicia de su causa, que no cree necesario hacer nuevos esfuerzos, y no puede, por tanto, protestar de la sentencia, aun cuando sea condenado, pues no puede decir que lo ha sido sen ser oido y alegar en su consecuencia que

se le oiga de nuevo, puesto que para esto pueda tener aplicacion, repetimos, que es necesario que haya sido declarado en rebeldía por su no presentacion en el juicio.

La jurisprudencia antigua atribuía, por regla general, á las sentencias dictadas en rebeldía los mismos efectos que á las dictadas en audiencia de los litigantes, fundándose en el principio que sanciona la ley 6ª, título 5º, libro 11 de la Novísima Recopilacion, que "los rebeldes que no quieren venir ante el Juegador á los emplazamientos que les son puestos, no deben de ser de mejor condicion que los que vinieren á parescer ante ellos." La ley 9ª, título 23, Partida 3ª, no permitía al rebelde el recurso de alzada, salva el caso en que el demandado hubiere dejado de comparecer por engaño ó fuerza mayor, ó por no haber llegado á su noticia el emplazamiento, segun la ley 22, del mismo título y Partida.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, como la que anotamos, aceptan en parte estos principios y toman por base, para conceder ó negar la audiencia contra la ejecutoria dictada en rebeldía la mayor ó menor posibilidad de que la rebeldía haya sido involuntaria, y sin duda han tenido tambien en cuenta para esto la distincion que los prácticos hacen de la rebeldía. Llámánla éstos *notoria* cuando el emplazado expresa que no quiere comparecer; *verdadera* cuando enterado de la citacion dice que comparecerá y sin embargo no lo verifica; *ficta* cuando se hace la citacion por cédula y no comparece, pues en tal caso se supone que fué citado personalmente; y *presunta* cuando se ha verificado la citacion por edictos, porque se presume que ha llegado á su noticia. En el primer caso, por la práctica no se concedía al rebelde audiencia ni recurso alguno contra la ejecutoria; en el segundo se le daba audiencia, si probaba impedimento legítimo de fuerza mayor; y lo mismo en el tercero y cuarto, siempre que justificaba no haber llegado á su noticia el emplazamiento. Sustancialmente vienen á decir los artículos que vamos á comentar, teniéndose en cuenta que sus disposiciones solo son aplicables á los juicios ordinarios, porque solo en ellos puede tener lugar el emplazamiento en la forma indicada; y no á los ejecutivos y demas que no causan estado, puesto que despues de terminados puede entablarse la vía ordinaria, y no hay, por lo tanto, necesidad de la audiencia contra la ejecutoria para reparar cualquier agravio que pueda haberse inferido.

Art. 774. No será oido contra la sentencia firme el demandado emplazado en su persona, que por no haberse presentado en el juicio haya sido declarado en rebeldía.

Exceptúase el caso en que acreditare cumplidamente que, en todo el tiempo trascurrido desde el emplazamiento hasta la citacion para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida. (*Ley ant., arts. 1193 y 1194.*)

La nueva Ley ha refundido en uno los dos artículos de la anterior que quedan citados y cuyas disposiciones son iguales. Por el primer párrafo de este artículo, se prohíbe que se oiga contra la sentencia firme al demandado emplazado en su persona. Pero como esto en absoluto pudiera envolver un fondo de injusticia, exceptúa el caso en que el tenido por rebelde acredite cumplidamente que en todo el tiempo trascurrido desde el emplazamiento, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida; y ya hemos dicho en el art. 768 lo que debe entenderse por fuerza mayor.

El artículo que anotamos, dice que no será oido contra la sentencia el demandado emplazado en su persona. El artículo correspondiente de la antigua Ley, añadía á igual prescripcion, "ni admitírsele ningun género de recurso." Estas palabras han sido justamente suprimidas en la Ley moderna, pues en la anterior daban á entender que ni aun el recurso de casacion podia interponer dentro del término legal, y esto no es exacto, puesto que ya hemos visto por el art. 771 que el litigante rebelde á quien se notifique personalmente la sentencia puede utilizar contra ella los recursos de apelacion y de casacion, si los interpone dentro del término legal. El artículo, al negarle audiencia, se refiere á los recursos no autorizados por la Ley, como son el de restitucion *in integrum* ó á los que se interpongan despues de haber causado ejecutoria la sentencia. Por eso la Ley moderna ha variado la redaccion del artículo, y ha puesto contra la sentencia firme, y esta lo es desde el momento que causa ejecutoria por no haberse interpuesto en tiempo los recursos que la misma Ley concede aun al litigante rebelde que haya sido emplazado en su persona.

La excepcion que se concede por el párrafo segundo de este artículo, á la par que justa es de la mayor importancia, porque de su cumplimiento estricto depende que no sea letra muerta el principio fundamen-

tal de los juicios en rebeldía; que no se retroceda nunca en la sustanciación. Para que esta excepción pueda tener lugar, es necesario que la fuerza mayor haya existido constantemente desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia; porque si la fuerza mayor hubiese dejado de existir el tiempo suficiente para presentarse en el juicio, aunque después se reprodujera, ya no podría concedérsele la audiencia contra la ejecutoria.

Jurisprudencia.—No puede oírse ni admitirse ningún género de recurso contra la ejecutoria que haya puesto término al pleito al litigante que haya sido citado y emplazado en su persona y por su no presentación en el juicio haya sido declarado en rebeldía. (S., 26 de Mayo de 1863.)

Se niega la audiencia contra la ejecutoria que pone término al pleito al litigante que habiendo sido citado ó emplazado en su persona es declarado en rebeldía por su no presentación en el juicio, suponiendo que sea voluntariamente, sin ningún impedimento ni obstáculo que se lo haya estorbado y que constituya una fuerza mayor acreditada cumplidamente. (S., 27 de Mayo de 1864.)

No tiene aplicación este artículo al caso en que la ejecutoria no se haya dado en rebeldía. (S., 20 de Octubre de 1863.)

Este artículo y los siguientes suponen un juicio en el cual previamente haya sido declarado en rebeldía el litigante, y que después, durante la sustanciación del pleito hasta la citación para sentencia en la segunda instancia, ó por lo ménos hasta en la misma citación para la primera, haya estado impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor, y que esta se acredite cumplidamente en el término designado por la Ley para que pueda prestársele audiencia contra la ejecutoria. (S., 10 de Noviembre de 1863.)

Art. 775. Para que pueda prestarse audiencia en el caso del artículo anterior, se necesita indispensablemente que se haya solicitado aquella y ofrecido la justificación de la fuerza mayor dentro de cuatro meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial* de la provincia. (*Ley ant., artículo 1195.*)

Este artículo marca el procedimiento que ha de seguirse en el caso de alegarse la causa que excepciona el artículo anterior.

Al comentar los Sres. Manresa y Reus el artículo de la Ley reforma-

da, con el que concuerda el que anotamos, trataron una cuestión importante, que ha de suscitarse con motivo de la nueva Ley, que no ha resuelto las dudas objeto de la cuestión.

La letra del artículo parece disponer que la solicitud para que se otorgue la audiencia contra la ejecutoria y la justificación de la fuerza mayor, han de hacerse precisamente dentro del término que la Ley señala y que ha reducido á cuatro meses los seis que concedía la de 1855; pero en opinión de dichos comentaristas, este no podía ser el espíritu de la Ley, pues si así fuera, en muchos casos sería imposible realizarlo; porque si hubiera de hacerse esa justificación en Filipinas ó en el extranjero, no bastaría ese tiempo (y ménos el que hoy se concede, decimos nosotros) para que el condenado en rebeldía tenga noticia de la ejecutoria, acuda á solicitar la audiencia y se reciba la justificación, dirigiendo para esto el exhorto al punto en que tuvo lugar la fuerza mayor; y opinaban que el espíritu de la Ley, de acuerdo con otros preceptos para casos enteramente iguales (artículos 776 y 777), era el de que el litigante de quien se trata, cumplirá solicitando la audiencia y ofreciendo la justificación de la fuerza mayor, dentro del término de los seis meses.

Esta opinión es, sin duda, razonada, y tiene aún más apoyo en la nueva Ley, que ha reducido á cuatro meses ese término, dentro de los cuales será imposible acreditar lo necesario al efecto de que se admita la excepción, puesto que la Ley no dice que se haya hecho la justificación, sino que se haya ofrecido.

Art. 776. Se prestará audiencia contra la sentencia dictada en su rebeldía al demandado que hubiere sido emplazado por cédula entregada á sus parientes, familiares, criados ó vecinos, si concurrieren las dos circunstancias siguientes:

1. ^o Que la pida precisamente dentro de ocho meses contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial» de la provincia.

2. ^o Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada. (*Ley ant., artículo 1196.*)

La disposición de este artículo es la misma que la del 1176, su concordante de la antigua Ley, sin más que haber limitado á ocho meses el plazo de un año que aquella concedía. La apreciación de la causa á

que se refiere la circunstancia segunda, como la de la fuerza mayor, según ya hemos dicho, queda al prudente arbitrio de los Tribunales, siempre bajo el supuesto de haberse justificado. La causa no imputable puede ser también por fuerza mayor, y acreditada ésta, habrá de dársele audiencia.

Art. 777. El demandado que por no tener domicilio conocido haya sido emplazado por edictos, será oído contra la sentencia firme cuando concurren todas las circunstancias siguientes:

- 1.º Que lo solicite dentro de un año, contado desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el «Boletín Oficial» de la provincia.
- 2.º Que acredite haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio, desde que fué emplazado para él hasta la publicación de la sentencia.
- 3.º Que acredite asimismo que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo. (*Ley ant., art. 1198.*)

El término de que habla la circunstancia primera de este artículo, ha de contarse desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el *Boletín* de la provincia, punto que ha aclarado la nueva Ley, puesto que la antigua solo decía desde la fecha de la publicación de la ejecutoria. La ausencia del lugar del juicio ha de ser durante todo el tiempo invertido en sustanciar el pleito hasta la publicación de la sentencia, y la última residencia de que habla la circunstancia 3ª, es con referencia al tiempo del emplazamiento, no á la que hubiere tenido después.

La Ley de 1855 había consignado una disposición en su art. 1197, por la cual todas las reglas que hemos expuesto eran aplicables al litigante rebelde que hubiera sido citado ó emplazado en países extranjeros, según que las diligencias se hubieran hecho en su persona ó por medio de cédula entregada á su mujer, hijos, parientes, criados ó vecinos. La nueva Ley no ha consignado esta disposición; pero entendemos que su silencio no autoriza á suponer que al litigante rebelde citado y emplazado en el extranjero no sean aplicables estas disposiciones, y que le declara virtualmente comprendido en los artículos ántes anotados, así como sin duda lo están, aunque la ley hace igual omisión de ellos, los ligantes emplazados en las Antillas ó Filipinas.

Jurisprudencia.—Solo puede concederse audiencia contra una ejecutoria al litigante que no haya comparecido en tiempo, á pesar de haber sido citado y emplazado por edictos, á causa de no tener domicilio conocido, cuando concurren las circunstancias de este artículo. (El 1198 de la Ley anterior.) (S., de 17 de Marzo de 1865.)

Art. 778. En todos estos casos, la pretension que deduzca el litigante rebelde para que se le oiga contra la sentencia firme, se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, y con audiencia en los demás interesados que hayan sido parte en el pleito.

Este artículo es nuevo, y responde al principio consignado en la base 10 de la Ley de 21 de Junio de 1880. Su disposición ha venido á llenar una notable omisión de la antigua Ley, que prescribiendo la competencia para hacer la declaración de que se trata, no decía una palabra respecto al procedimiento que para ello había de seguirse.

La jurisprudencia, teniendo en cuenta las reglas generales de la antigua Ley, ha venido llenando esa omisión, que hoy ya se ha constituido en precepto, puesto que el artículo que anotamos dice que en todos los casos de que tratan los artículos anteriores, sin exceptuar ninguno, pues el artículo no lo hace, la sustanciación de la pretension de un litigante rebelde para que se le oiga contra la sentencia firme, se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, con audiencia de todos los interesados que hayan sido parte en el pleito.

La razón de la Ley para uno y otro precepto es obvia, y así lo comprendió la jurisprudencia, y particularmente la sentencia de 12 de Octubre de 1860, que hemos citado. La pretension que se aduce es un incidente de juicio principal, y no en otra forma que la de incidente puede sustanciarse; y la cuestión, desde luego grave por el perjuicio que una vez resuelta pudiera causar, interesa al litigante presente que obtuvo á su favor la ejecutoria, y de consiguiente, no podría decidirse sin darle audiencia, so pena de tener quizás que condenarle sin ser oído; lo que encerraría una infracción de los más importantes derechos de los litigantes.

El incidente se sustanciará en el rollo ó pieza principal de autos, que se reclamará del Juzgado, en el caso en que la sentencia firme hubiere sido dictada por este, pues no tratándose ya aquí de incidentes que pon-

gan obstáculo al pleito, puesto que este está terminado, no hay necesidad de formar pieza separada, y por el contrario ha de seguirse la sustanciación del incidente en la misma pieza principal; pues precisamente en ella ha de encontrarse la razón del litigante rebelde para que se le oiga, y en su caso hacer la declaración que proceda. Del escrito en que el litigante condenado en rebeldía solicite se le preste audiencia contra la sentencia firme, se conferirá traslado por seis días, á la parte que obtuvo la sentencia para que conteste concretamente sobre la cuestión incidental, y si fueren varias las partes litigantes, se concederá dicho término á cada una de ellas por su orden, cumpliéndose con lo dispuesto respecto á la presentación y entrega de copias (art. 749). En los escritos, promoviendo el incidente, y en el de contestación, solicitarán las partes que se reciba aquel á prueba si lo estiman necesario (art. 750). Se recibirá á prueba si lo solicitan todos los litigantes, ó si pedido por uno solo el Juez lo estima procedente (art. 752); dentro del término de 10 á 20 días, comun para todos (art. 753), practicará el recurrente la justificación de la causa en que funde su pretensión, y la parte contraria la que le interese y sea procedente. Trascurrido el término de prueba se unirán á los autos las practicadas, y se mandará traer estos á la vista con citación para sentencia (art. 755), y se practicará, en fin, todo lo que la Ley dispone para los incidentes.

Art. 779. A la Audiencia que haya dictado la ejecutoria ó á cuyo distrito pertenezca el Juzgado de primera instancia cuya sentencia haya quedado firme, corresponde el conocimiento de estos incidentes.

Contra la sentencia que los resuelva declarando haber ó no lugar á que se oiga al litigante condenado en rebeldía, no se dará otro recurso que el de casación. (*Ley anterior, arts. 1199 y 1200.*)

El artículo que anotamos ha refundido en uno los dos de la Ley anterior, que consignaban igual precepto. Por este artículo se designa el Tribunal competente para hacer la declaración de la procedencia ó improcedencia de oír al litigante condenado en rebeldía.

Tres son los Tribunales que pueden dictar sentencias ejecutorias: 1º, los Jueces de primera instancia, si su sentencia ha quedado consentida por no haberse interpuesto apelación; 2º, las Audiencias, cuando conocen en apelación de las sentencias de primera instancia, y 3º, el

Tribunal Supremo al conocer en recurso de casación, si estimare que este procede y deja sin efecto la sentencia objeto de él, dictando otra que viene á ser la ejecutoria.

El artículo que anotamos solo trata de los dos primeros casos, esto es, los de que la sentencia ejecutoria sea la de primera ó la de segunda instancia: Para ambos casos, el Tribunal competente para conocer del incidente formado por la petición del litigante condenado en rebeldía para que se le oiga contra la sentencia firme es la Audiencia que la haya dictado, ó á cuyo distrito corresponde el Juzgado, si la de este es la que ha quedado firme.

En cuanto á la razón de este precepto, el Sr. Gómez de la Serna la dió en sus *Motivos de las variaciones de la ley de Enjuiciamiento civil*. Cuando la sentencia—decía el ilustrado jurisconsulto—que causó la ejecutoria fuera pronunciada por un Tribunal Superior, ninguna duda podía haber de que á él debía darse la atribución de declarar si procedía ó no oír al litigante condenado en rebeldía. Pero la Comisión creyó que á los Tribunales Superiores debía confiar también esta declaración en los casos en que hubiera quedado consentida la sentencia pronunciada por un Juzgado inferior. No es de extrañar: la declaración de oír al que fué juzgado en rebeldía, implícitamente lleva consigo la rescisión de una sentencia ejecutoria: es un remedio extraordinario, cuya aplicación requiere mayores garantías, por lo mismo que va contra la autoridad de la cosa juzgada, aunque haya sido decidida en rebeldía.

Los Jueces de primera instancia carecen, pues, de competencia para conocer de estos incidentes, aunque las partes expresa ó tácitamente quisieren encomendárselos, porque esa competencia es de ley, y no puede alterarla ni desconocerla el consentimiento ó la sumisión de las partes, que solo puede prorogar la jurisdicción cuando esta es prorogable, y no lo es para legalizar instancias y recursos extraordinarios. Así lo declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de Octubre de 1860, al declarar haber lugar á un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de un Juez de primera instancia y por la Audiencia en apelación, y en que el Juez de primera instancia había decidido la cuestión de que se trata; y en esa sentencia, el Tribunal Supremo sentó la doctrina de que solo las Audiencias pueden conocer en única instancia de los incidentes de audiencia del que haya sido condenado en

rebeldía, fundado en que la incompetencia del Juez de primera instancia es radical é incontestable, como la de la Audiencia para conocer en apelacion, correspondiéndola en primera y única instancia, pues en ningun caso la sumision expresa ó tácita de las partes legitima instancias ó recursos extraordinarios no autorizados, y ménos aún excluidos por las leyes, en cuyo supuesto el derecho público seria turbado á voluntad de los particulares.

El fallo que recaiga en estos incidentes ha de contener, necesariamente, la concesion ó denegacion del derecho que se solicita; y la Ley le da un carácter de sentencia definitiva, no permitiendo otro recurso que el de casacion, recurso que ha de acomodarse á todas las condiciones y procedimientos establecidos para estos, sin que sea necesario constituir depósito, porque no habiendo más que una sentencia, no pueden tener aplicacion los artículos 1698 y 1699.

Una duda—que los señores Manresa y Reus no tuvieron por tal—se ha suscitado sobre los motivos en que podrá fundarse el recurso de casacion contra la providencia definitiva del Tribunal superior, concediendo ó negando la audiencia al litigante rebelde. Los citados comentaristas sostienen que en la sustanciacion de estos incidentes puede ocurrir la falta de personalidad en el litigante ó su Procurador, la de recibimiento á prueba, ó cualquiera otra de las sustanciales del procedimiento; y en este caso procederá el recurso de casacion en la forma, con tal que la falta sea de las que dan motivo á la casacion y se haya reclamado en tiempo oportuno. De este recurso conocerá la Sala tercera del Tribunal Supremo, que casará y anulará la sentencia, mandando devolver los autos á la Audiencia, para que reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió, la sustancie y determine con arreglo á derecho. Si la Sala de la Audiencia comete infraccion de los artículos del 771 al 777, que no son de procedimiento, sino sustantivos que determinan derechos de los recurrentes á reclamar contra las ejecutorias dictadas en rebeldía, y la ley 11, tít. 7º, Partida 3ª, y la jurisprudencia que fundada en ella determina lo que ha de entenderse por fuerza mayor, entónces procederá el recurso en el fondo, ó por infraccion de ley ó de doctrina legal, y conocerá de él la Sala primera del Tribunal Supremo, y si lo estima fundado y casa y anula el fallo del superior, dictará su sentencia declarando si debe ó no ser oido el litigante condenado en rebeldía, sin que pueda entrar en el fondo del pleito, sino que ha de li-

mitarse á resolver sobre la audiencia del rebelde. Y puede suceder que la providencia de que se trata sea contra ley ó doctrina, y entónces el recurso procederá en ambos conceptos, y se sustanciarán como tiene prevenido la Ley al efecto.

Art. 780. En los casos en que el Tribunal Supremo hubiere dictado la sentencia, corresponderá al mismo declarar, sin ulterior recurso, si procede ó no oír al litigante condenado en rebeldía. (*Ley ant., art. 1202.*)

Por el párrafo primero del artículo anterior, se ha fijado la competencia de las Audiencias para conocer de los incidentes sobre audiencia de un litigante condenado en rebeldía, tanto para las sentencias que ellas dicten en apelacion, como para las que pronuncien los Jueces de primera instancia, en que por no haberse interpuesto aquel recurso queden firmes. Pero la comision encargada de redactar la Ley de 1855, á la que ha seguido la anterior, como dice el Sr. Gómez de la Serna en la obra á que ántes nos hemos referido, “que siempre miró con atencion escrupulosa el órden jerárquico de los Tribunales, y cuidó mucho de que no se desautorizaran por los inferiores en grado las providencias de los superiores, no pudo olvidar que las sentencias de los pleitos en que el juzgado en rebeldía podia ser oido, dimanarian alguna vez del Tribunal Supremo, lo que sucederia en los casos en que á él hubieran subido los autos por haberse utilizado el recurso de casacion. Por esto ordenó, que cuando la ejecutoria hubiera sido dictada por el Tribunal Supremo, á este correspondia declarar si la peticion del que solicitaba ser oido era ó no procedente.”

No hay para qué justificar estas razones. Y por lo mismo que hemos dicho en el artículo anterior que el fallo en que se declare haber ó no lugar á oír un litigante rebelde se considera como una sentencia definitiva, de aquí que contra la dictada por el Tribunal Supremo no se da recurso alguno, de acuerdo tambien con el último párrafo del art. 301, que no lo concede de ninguna clase contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en un incidente.

Art. 781. Cuando se declare no haber lugar á la audiencia solicitada por el litigante condenado en rebeldía, se impondrán á éste todas las costas del incidente, y quedará firme definitivamente la sentencia recaida en el pleito, la que