

te la diligencia de prueba desestimada en primera instancia.

2.º Cuando por cualquier causa no imputable al que solicitare la prueba, no hubiera podido hacerse en la primera instancia toda ó parte de la que hubiere propuesto.

3.º Cuando hubiere ocurrido algun hecho nuevo, de influencia en la decision del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia.

4.º Cuando, despues de dicho término, hubiere llegado á conocimiento de la parte algun hecho de influencia notoria en el pleito, ignorado por la misma, si jura que no tuvo ántes conocimiento de tal hecho.

5.º Cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiere personado en los autos en cualquiera de las dos instancias, despues del término concedido para proponer la prueba en la primera.

En los cuatro primeros casos, se limitará la prueba á los hechos á que se refieren; en el último se admitirá toda la pertinente que propongan las partes. (*Ley ant., art. 869.*)

Art. 863. Sin necesidad de recibir el pleito á prueba, podrán pedir los litigantes, desde que se les entreguen los autos para instruccion hasta la citacion para sentencia:

1.º Que se exija á la parte contraria confesion judicial por una sola vez, con tal que fuere sobre hechos que no hayan sido objeto de posiciones en la primera instancia.

2.º Que se traigan á los autos, ó presentar ellas mismas, documentos que se hallen en algunos de los casos expresados en el art. 506. (*Ley ant., artículos 866 y 867.*)

Hemos dicho ántes, que nuestro antiguo derecho, lo mismo que las últimas leyes de Enjuiciamiento civil, han restringido y restringen la práctica de la prueba en la segunda instancia; y segun puede notarse con la lectura de los artículos precedentes, la restriccion llega ahora al punto de que la confesion judicial y la presentacion de documentos que pueden tener efecto hasta la citacion para sentencia, es solo cuando se den ciertas condiciones, y de que, con respecto á los demas medios probatorios, esté declarado que solo puede otorgarse el recibimiento á prueba en los casos señalados en el art. 862, ó cuando todos los litigantes estén conformes en ella (art. 865), y pidiéndose dicho recibimiento en el escrito en que ha de manifestarse la conformidad ó no

conformidad con el apuntamiento, con lo cual se hace mayor la restriccion.

Examinado atentamente el art. 862, se nota que en resúmen es reproduccion del 869 de la Ley anterior, ampliado con lo dispuesto en el 1192 de la misma, fuera de la primera disposicion que es nueva y que las prescripciones que abraza son seis: cinco que señalan los casos en que puede otorgarse el recibimiento á prueba, y la última, en que se determina la extension que puede tener la prueba en cada uno de ellos, todas las cuales apreciadas en conjunto, y en union de la consignada en el art. 865, no vacilamos en decir que responden bien á su objeto, por cuanto abren la puerta para la prueba en la segunda instancia, en los momentos en que racionalmente pensando, debe única y exclusivamente otorgarse. Dicho esto, pasemos á analizar todas ellas separadamente, empezando por los casos en que con arreglo á los mencionados artículos 862 y 865 procede el recibimiento á prueba.

1º *En el caso del art. 567, si la Sala estimare pertinente la diligencia de prueba desestimada en primera instancia.*—El art. 567 previene en su segundo párrafo, que contro las providencias de los Jueces en que se deniegue alguna diligencia, solo se podrá utilizar el recurso de reposicion dentro de cinco dias; y que si el Juez no lo estimare podrá la parte interesada reproducir la misma pretension en la segunda instancia.

Consecuentemente se ha dispuesto lo que acabamos de transcribir, y con ello se acude á dejar en claro el derecho del litigante á reproducir su pretension denegada ante el Tribunal Superior. Pero si bajo este punto de vista, es decir, en el concepto de que estas disposiciones concurren á garantir el derecho á la prueba que tienen las partes hay que considerarlas acertadas, no nos parece que pueda hacerse lo mismo al tratar de saber si no obstante semejantes prescripciones podrá utilizarse tras el recurso de reposicion de que habla el art. 567, el de apelacion, pues no solo no queda en claro tan importante extremo, sino que de la letra del propio artículo 567, se deduce más bien que es un principio general y sin excepcion el de que denegada la reposicion de una providencia tambien denegatoria de prueba, le queda al interesado como único recurso, el de reproducir su pretension en la segunda instancia.

De ser esto cierto, se irrogarian grandes perjuicios á las partes, porque es indudable que su mayor deseo ha de ser el de obtener desde la primera instancia una sentencia favorable, ya por ser reconocido su derecho, ya por evitarse los gastos y dilaciones de la segunda instancia, y claro está que así como pudiendo apelar en caso de denegacion de una diligencia probatoria, pueden conseguir que en la misma primera instancia se practique, y que tal vez por su influencia se decida el pleito en el sentido favorable, quedarian privadas de estos beneficios, lógicos y naturalmente derivados de la esencia de las cosas, si nunca pudieran apelar y hubieran de esperar á la fuerza á deducir su pretension denegada, ante el Tribunal superior, despues de comenzada la segunda instancia.

En su vista, y atendiendo á lo que se prescribe por regla general para las apelaciones y sobre recurso de casacion (artículos 1689, 1690 y 1693), somos de opinion de que el precepto á que hacemos referencia del art. 567, ha de entenderse en sentido de que es voluntario en las partes, una vez que el Juez haya denegado la práctica de una diligencia de prueba y la reposicion de su providencia, ó apelar de esta decision, ó reproducir su pretension ante la Audiencia cuando la segunda instancia esté en curso; en cuyo caso, ó con cuya interpretacion resulta justo y acertado lo dispuesto en el mencionado art. 567 que se completa con la cláusula que examinamos del 862.

2º *Cuando por cualquier causa no imputable al que solicitare la prueba no hubiere podido hacerse en la primera instancia toda ó parte de la que hubiere propuesto.*—La redaccion de esta cláusula es mucho mejor que la de su correspondiente del art. 869 de la Ley anterior, pues allí se decia que “cuando por cualquier causa no imputable al que solicite la prueba, no hubiera podido hacerse ésta en la primera instancia,” y así, podia entenderse que era preciso, para que procediera el otorgamiento en la segunda, que ni una sola diligencia de prueba se hubiera podido practicar en la primera.

Por lo demás, no se ha hecho variacion alguna; el precepto es el mismo, y teniendo en cuenta que aquí no se trata de los casos en que el Juez hubiere denegado la práctica de alguna diligencia, claro está que las causas no imputables al solicitante serán las de una calamidad pública, una enfermedad grave, la ausencia ó ignorado paradero de un testigo y otras semejantes. Como ya opinaban los Sres. Manresa, Miquel

y Reus, creemos que hoy no es necesario en el caso actual, el juramento que exigia la Ley 39, tít. 16, Partida 3ª, de no proceder con malicia ni por dilatar el pleito.

3º *Cuando hubiere ocurrido algun hecho nuevo de influencia en la decision del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia.*—Las variaciones que en esta cláusula se han introducido con respecto de su concordante de la Ley anterior, no son solo de palabras sino de esencia. En aquella Ley se decia: “cuando hubiere ocurrido algun hecho nuevo, conducente al pleito. . . .” y la Ley actual, más exigente, pero á nuestro juicio con acierto, previene que el hecho sea de influencia en la decision, porque aquellos hechos que aunque conducentes al pleito no sean ni puedan tener influencia en la decision, es inútil probarlos; y por lo tanto, cuando de tales hechos se trate, seria perjudicial dilatar la segunda instancia con la práctica de semejante prueba. Además, como en la Ley de 1855 no se dividia el término de prueba en los dos períodos en que le divide la presente, se decia en aquella que cuando el hecho fuere nuevo “y posterior al último dia del término de prueba que haya corrido en la primera instancia,” y en esta ha tenido que decirse que “con posterioridad al término concedido para proponer la prueba. . . .” La prescripcion actual, como la de la otra Ley, no puede entenderse literalmente, porque el precepto podria entónces, segun decian ciertos autores, ser contrario á la razon, á la equidad y la justicia, y aun tambien al objeto y espíritu de la Ley. “Si el hecho ocurrió, añadian dichos autores, el último dia de prueba (hoy el último dia concedido para proponerla), ó con tales circunstancias que no pudo alegarse ni probarse dentro de aquel término, reúne indudablemente las condiciones que la Ley exige para que se permita su justificacion y el recibimiento á prueba en la segunda instancia. . . .” y más adelante: “basta que por cualquier causa independiente de la voluntad de la parte interesada no hayan girado sobre él las alegaciones ni las pruebas en primera instancia que deba permitirse su prueba en la segunda.”

4º “Cuando, despues de dicho término, hubiere llegado á conocimiento de la parte algun hecho de influencia notoria en el pleito, ignorado por la misma si jura que no tuvo ántes conocimiento de tal hecho.”—Esta cláusula tiene íntima relacion con la anterior, y una á otra se completan. No solo los hechos nuevos, sino los que la parte

hubiere ignorado hasta despues de pasado el período de proposicion de prueba en la primera instancia, pueden y deben ser objeto de prueba en la segunda.

Pero así como el pedir el recibimiento á prueba fundándose en haber ocurrido un hecho nuevo, la parte no tiene que jurar, sino mostrar la novedad, en el caso de fundarse en hechos ignorados está en obligacion de prestar juramento de que efectivamente no los conocia; cuyo requisito tambien se exige en el artículo 563, al hablar de los requisitos de ampliacion. Los hechos ignorados han de ser, segun la Ley, de influencia notoria en el pleito; de modo que en este caso parece exigirse algo más que en el que es objeto de la cláusula anterior, donde solo se determina que el hecho nuevo sea de influencia en la decision del pleito.

Esta diferencia se justifica con tener en cuenta que siendo más fácil que como no sabidos, hasta despues del término que fija la Ley, se alegaran en la segunda instancia, para conseguir el recibimiento á prueba, hechos no alegados en la primera por considerarlos de escaso valor, que no que como hechos nuevos se aleguen los que no lo sean, la Ley trata de cortar de antemano los abusos, exigiendo en el primer caso más que en el segundo, ó determinando para el uno que se trate de un hecho de influencia en la decision; y en el otro, de influencia *notoria* en el pleito. Así, que si bien es evidente que, ora sea la influencia directa, ora indirecta, procede el otorgamiento de la prueba, compréndese que en pocos casos podrá haber un hecho de influencia *indirecta* que á la par sea *notoria*, y que, en su consecuencia, la diferencia establecida por la Ley se hará sentir en la práctica. Mas cualquiera que sea la influencia de unos y otros hechos; cualquiera que sea su relacion con la cuestion que se ventile, debe tenerse presente que la Ley no se refiere, (porque si se refiriera estaria en pugna con los buenos principios,) á aquellos que cambien la naturaleza de la accion entablada. Estos hechos en vez de servir para apoyar las alegaciones del litigante concretándose á ellas, introducirían una innovacion de todo punto inadmisibile. Las pruebas deben ser congruentes con lo pedido y que se trata de probar.

5º “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.”—Esta cláusula

es justa, y en cierto modo repeticion de lo dicho en el art. 767. No obstante, entre lo que allí se dispone y lo que se preceptúa en el artículo que examinamos, nos parece notar alguna diferencia, de que trataremos al estudiar el último precepto.

6º “Cuando haya conformidad en las partes, respecto á la necesidad y procedencia de la prueba” (art. 865).—Los perjuicios que pueden ocasionar las dilaciones y la práctica de repetidas diligencias, útiles ó inútiles, los sufren en primer término las partes mismas. Si pues ellas están conformes en que el pleito se reciba á prueba nuevamente, ¿habria razon para negarlo, solo por la consideracion de que el pleito está en segunda instancia? La respuesta á esta pregunta no puede ser dudosa, y porque el otorgamiento de la prueba en este caso se funda en la naturaleza misma de los procedimientos civiles, y porque en el art. 550 se prescribe, con referencia á la primera instancia, que el Juez recibirá el pleito á prueba en el caso de que todos los litigantes lo hayan solicitado, estimando acertado el criterio seguido por el Legislador.

Estos son los seis casos en que procede el recibimiento á prueba, sin más diferencia que cuando se trate de uno de los cinco primeros, la Audiencia ha de decidir si le otorga y no le otorga, y en el último, segun está determinado en el propio art. 865, el Tribunal tiene que otorgarle sin más trámites. Tócanos, por lo tanto, pasar á examinar la última cláusula del art. 862, que dice:

“En los cuatro primeros casos se limitará la prueba á los hechos á que se refieren; en el último (5º de los que hemos analizado) se admitirá toda la pertinente que propongan las partes.”

La primera prescripcion de esta cláusula no ofrece duda alguna, y es por demas procedente; tanto, que aunque la Ley no lo hubiera expresado, no dudamos en creer que siempre se hubiese entendido que en los cuatro primeros casos la prueba debe limitarse á los hechos á que se refieren, porque de lo contrario, inútil habria sido deslindar la materia como en ellos se deslinda.

La segunda prescripcion tambien parece clara y que no puede dar lugar á dudas, pero estas pueden nacer al cotejar y comparar lo que aquí se prescribe con lo que se determina en el art. 767, pues ambas disposiciones se refieren al otorgamiento de prueba cuando hubiere comparecido el demandado rebelde despues del término de prueba en la **primera instancia**.

Y en efecto: tenemos, en primer lugar, que mientras aquí (en el caso 5º que es al que se refiere la mencionada segunda prescripción que estamos estudiando) se dice que podrá otorgarse el recibimiento á prueba cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiere personado en los autos en cualquiera de las dos instancias, *después del término concedido para proponer la prueba en la primera*, allí, ó sea en el art. 767, se prescribe que, si compareciere, *después del término de prueba en primera instancia*, ó durante la segunda, se recibirán en esta precisamente los autos á prueba. Hay, pues, una notable diferencia entre lo que disponen unas y otras de las palabras que hemos subrayado, cuya diferencia obliga á preguntar, ¿es que cuando el demandado rebelde comparezca durante el segundo período del término de prueba de la primera instancia, pero ya concluido el primero, puede pedir y practicarse la prueba en la misma primera instancia, y si no opta por esto, aprovecharse del derecho que le confiere el art. 862, y pedir el recibimiento á prueba en la segunda, ó es que estas dos disposiciones se refieren á casos distintos y aun con diverso objeto? Entendemos que su objeto es el mismo, y á nuestro juicio solo puede salvarse la contradicción que hemos hecho notar considerando que siempre que el demandado rebelde comparezca después de trascurrido el término para proponer la prueba en la primera instancia, debe esperar á la segunda para hacer sus alegaciones probatorias, pues si por el simple hecho de comparecer durante el segundo período del término de prueba tuviera el derecho de proponer la que le conviniera en la misma primera instancia, retrocedería la sustanciación del pleito, lo cual está terminantemente prohibido por el art. 766.

Finalmente, la lectura de esta última cláusula del art. 862 y la del art. 865 suscitan la duda de si en el caso en que el recibimiento á prueba en la segunda instancia se pida por todos los litigantes, deberá limitarse la prueba ó practicarse cuanto ellos estimen oportuno, pues para este caso nada se dispone en concreto. En nuestro sentir, la misma razón que hay para recibir el pleito á prueba cuando exista conformidad entre las partes, hay para que se practique sin limitación alguna, á no ser que la conformidad solo medie para que se pruebe un hecho determinado, en cuyo caso deberán concretarse las alegaciones á semejante hecho.

Ahora bien: según dejamos indicado, las reglas que acabamos de exa-

minar, con arreglo á las cuales ha de decidirse si procede ó no el recibimiento á prueba en la segunda instancia tienen aplicación cuando se trata de la prueba en general, pero no cuando solo se requiere una confesión judicial, ó se trata de presentar documentos. En estos casos, concurriendo los requisitos que señala el art. 863, conforme determina el propio artículo, no es necesario siquiera que el pleito se reciba á prueba, sino que en cualquier estado de la segunda instancia, desde que se les entreguen los autos para instrucción hasta la citación para sentencia, pueden pedir las partes, y procede la práctica de ambas diligencias.

Los requisitos que deben concurrir era lógico que la Ley los exigiera, pues ni sería oportuno que la confesión judicial versara sobre hechos que hubiesen sido objeto de posiciones en la primera instancia, ni que se pudieran traer ó presentar documentos que no se hallaran en alguno de los casos expresados en el art. 506.

Art. 864. Cuando pida el apelante que se reciba el pleito á prueba, deberá el apelado contestar á esta pretensión en el escrito á que se refiere el art. 857.

Si lo pidiera el apelado podrá el apelante impugnarlo dentro de los tres días siguientes al en que se le entregue la copia del escrito de aquel. (*Ley ant., art. 870.*)

Este artículo no hace más que confirmar el precepto de que para conceder el término de prueba se oirá siempre á la parte contraria, y marca el procedimiento que ha de seguirse para que así suceda. La claridad de sus disposiciones ahorra los comentarios: si pide el apelante que el pleito se reciba á prueba, como que lo ha de hacer en el escrito en que muestre su conformidad ó no con el apuntamiento (art. 860), y este escrito ha de llegar á conocimiento del apelado en debido tiempo, deberá éste manifestar, al devolver los autos entregados y expresar también si con el apuntamiento se conforma, si se opone ó no al recibimiento á prueba solicitado y razones en que se funda para impugnar la pretensión. Y si es el apelado el que solicita el recibimiento á prueba, debe manifestar el apelante si se opone ó no, dentro de los tres días siguientes al en que se le entregue la copia del escrito en que se solicite que, repetimos, no puede ser otro que el en que se expresa la conformidad ó no conformidad con el apuntamiento.

Una pregunta se nos ocurre en vista de lo que en este artículo se

dispone, y lo que se dice en el siguiente: Si las partes no hacen manifestacion alguna en su respectivo caso y en la forma y término prescritos por la Ley acerca de la solicitud de recibimiento á prueba hecha por la parte contraria, ¿deberá interpretarse el silencio como prueba de conformidad con la pretension ó no? A nuestro juicio sí: las omisiones de una parte no deben perjudicar á la otra, y la no oposicion debe interpretarse como aquiescencia, pues en este caso hay verdadera razon para decir con el refran castellano que "quien calla otorga."

Art. 865. La Sala otorgará el recibimiento á prueba sin más trámites, siempre que las partes estén conformes en su necesidad y procedencia.

Véanse las dos notas anteriores.

Art. 866. No mediando dicha conformidad, se pasarán los autos por seis dias al Magistrado ponente, y con vista de su informe dentro de los tres siguientes resolverá la Sala lo que estime justo. (*Ley ant., art. 870.*)

Aunque la Ley anterior no expresaba el término por que habian de pasarse los autos al Ponente, en caso de no conformidad de las partes era el mismo que ahora se prescribe; y tambien se practicaba ántes lógicamente que con vista de su informe resolviera la Sala. Pero con arreglo á la Ley de 1855, parecia bien que sobre el recibimiento á prueba se celebrara vista oyendo á los Letrados de los litigantes, y ahora debe tenerse por suprimido dicho trámite, pues al decir la Ley, que con vista del informe del Ponente, resolverá la Sala lo que estime justo dentro de los tres dias siguientes á los seis concedidos á aquel para informar, no creemos que deba celebrarse vista pública, y esto no obstante lo determinado en el art. 550 donde expresamente se ordena que si algun litigante se opusiere, señalará el Juez dia para la vista sobre el recibimiento.

Sin duda el Legislador atendiendo á que las reglas, con arreglo á las cuales ha de decidirse si procede ó no el recibimiento á prueba en la segunda instancia, están consignadas claramente, ha considerado innecesario aquel trámite.

Art. 867. Contra el auto en que se otorgue el recibimiento á prueba no se dará recurso alguno.

Contra el que deniegue dicho trámite ó cualquiera dili-

gencia de prueba se dará el recurso de súplica, y en su caso el de casacion. (*Ley ant., artículos 871 y 872.*)

No dando recurso alguno contra el auto en que se otorgue el recibimiento á prueba, y sí contra el que deniegue dicho trámite ó cualquiera diligencia de prueba, la Ley confirma la jurisprudencia seguida hasta aquí, y al disponer que contra el denegatorio pueda utilizarse el de súplica, y en su caso el de casacion, no hace tampoco otra cosa que confirmar lo dispuesto en los artículos 402 y 404. El caso en que procede el recurso de casacion es el 3º del art. 1693.

Art. 868. En cuanto á los términos y medios de prueba y forma de practicarla, se observará lo establecido para la primera instancia del juicio de mayor cuantía.

Este artículo, que tambien confirma la jurisprudencia seguida hasta aquí, previene una cosa por extremo lógica, pues si la prueba en la segunda instancia ha de versar sobre hechos y datos, acerca de los cuales no giró la prueba en la primera, y se trata de apelaciones de sentencias dictadas en pleitos de mayor cuantía, lo natural es que, en cuanto á los términos, medios de prueba y forma de practicarla, se observe lo establecido para la primera instancia, sin perjuicio de las limitaciones consignadas en los artículos 862 y 863.

Art. 869. Trascurrido el término de prueba, ó luego que se haya practicado toda la propuesta y admitida, mandará la Sala sin necesidad de que lo pidan las partes, que se unan las pruebas á los autos y vuelvan éstos al Relator para que adicione el apuntamiento.

Art. 870. Adicionado el apuntamiento se comunicará con los autos á cada una de las partes, para instruccion, por seis dias improrrogables.

Al devolver los autos, manifestarán las partes su conformidad con lo adicionado al apuntamiento, ó pedirán las nuevas adiciones ó rectificaciones que crean necesarias.

Las disposiciones contenidas en el art. 869 y el presente, de las cuales, la de aquel está conforme con lo determinado en el 667 para la primera instancia; y parte de la del párrafo primero y toda la comprendida en el párrafo segundo del art. 870, conformes con lo prescrito en los 856 y 857, son tan claras y precisas que creemos excusado todo comentario.

Una pregunta, sin embargo, puede hacerse que envuelve una duda importante; á saber: ¿será obligatorio, aunque no se practique ninguna diligencia de prueba, adicionar el apuntamiento y comunicarle con los autos á las partes, para instruccion, segun previene el art. 870? Porque hay que advertir que el 869 dice: "trascurrido el término de prueba, ó luego que se haya practicado toda la propuesta y admitida, etc.," y esta disyuntiva pudiera muy bien interpretarse en sentido de que aunque no se practique diligencia probatoria alguna, es de ley, en primer término, la adicion del apuntamiento, y en segundo, la comunicacion á las partes, para instruccion, de los autos y del mismo apuntamiento.

El exámen detenido de todos los artículos anteriores, así como del 871, y la lectura de lo que á este propósito disponia la Ley anterior, llevan al convencimiento de que los artículos que examinamos se refieren, por lo que hace á la comunicacion de los autos, solo al caso de haberse practicado alguna diligencia de prueba.

Si conforme al art. 856, una vez formado el apuntamiento, se ha de entregar con los autos á las partes para instruccion, y al devolverlos no solicitan que se reciba el pleito á prueba, es indudable que lo que procederá es, en el caso de que hayan solicitado que se reforme ó adicione el apuntamiento que se pasen los autos al Magistrado Ponente para que informe á la Sala sobre este punto, y que hechas ó denegadas las adiciones, se mande traer aquellos á la vista, con citacion de las partes, para sentencia, y en el caso de que haya conformidad con el apuntamiento, que se pase tambien al Ponente para instruccion y despues se manda asimismo traer los autos á la vista. De igual modo, cuando habiéndose admitido el pleito á prueba dejaren las partes trascurrir el término sin practicar ninguna diligencia, lo procedente es, que una vez trascurrido, se haga lo que acabamos de indicar. Que procediendo de otra manera, en los casos indicados, se daria el de entregar los autos para instruccion, dos veces, sin haber diligencia ni escrito entre una y otra, ni por lo tanto, motivo que justificara la segunda comunicacion ó entrega.

Art. 871. Tanto en el caso del artículo anterior, como en el del 857, devueltos los autos por el apelado, se pasarán al Magistrado Ponente por un término igual al concedido á las

partes, para su instruccion á los efectos que determinan los artículos 336 y siguientes. (*Ley ant., art. 859.*)

Tampoco este artículo, y ménos despues de lo que acabamos de decir en nuestra nota ó comentario anterior, puede ofrecer duda alguna. Al decir "tanto en el caso del artículo anterior como en el del 857," quiere expresar que, devueltos los autos por las partes en cualquiera de esas dos ocasiones, se entregarán aquellos al magistrado Ponente, por un término igual al concedido á las partes, para su instruccion á los efectos que determinan los artículos 336 y siguientes; que pueden verse en su lugar oportuno, así como sus comentarios.

Art. 872. Estando conformes las partes con el apuntamiento, ó hechas en él las reformas ó adiciones que en vista del informe del Magistrado Ponente estime la Sala procedentes de las pedidas por aquellas, se dictará providencia, mandando traer los autos á la vista con citacion de las partes para sentencia. [*Ley ant., art. 860.*]

Antes habia en muchas Audiencias la costumbre ó práctica de comunicar los autos á las partes, despues de la prueba, para alegar de bien probado, y algunos comentadores estimaban fundada dicha práctica, considerando que en el silencio de la Ley era lo más acertado observar lo establecido para la primera instancia; porque hay que advertir que el art. 860 de la Ley anterior que citamos como concordante del que es objeto de esta nota, parece se referia solo al caso de que no se hubiere recibido el pleito á prueba en la segunda instancia. Ahora ya no podrá continuar aquella práctica, porque desde el art. 869 al que examinamos, se marcan los trámites que precisamente deberán seguirse, no bien trascurra el término de prueba ó se haya practicado toda la propuesta, y entre esos trámites no se encuentra el de comunicar los autos á las partes para alegar de bien probado. Además, en la actualidad, en la primera instancia, podrá elegirse entre el alegato de bien probado ó escrito de conclusion y el informe oral, y esto mismo es lo que podrá acontecer en la segunda, puesto que segun veremos, las partes pueden optar entre el informe oral y la alegacion en derecho; de modo que ningun fundamento podria tener la prosecucion de la práctica ó costumbre á que hemos hecho referencia.

Es de notar, no obstante, una particularidad. En la primera instancia, procede siempre el escrito de conclusion, y solo á instancia de

parte el informe oral ó vista pública; y en la segunda instancia ocurre lo contrario, pues la vista pública procede siempre, y la alegacion en derecho sólo á instancia de parte. Esta particularidad tiene su explicacion en que son diferentes el escrito de conclusion y la alegacion en derecho.

Por último, advertiremos que lo que se prescribe en el artículo que comentamos es aplicable, lo mismo al caso en que las partes devuelvan los autos sin solicitar el recibimiento á prueba, que al de haberse practicado la propuesta ó haber trascurrido el término para practicarla.

Art. 873. Hecho el señalamiento y celebrada la vista conforme á lo prevenido en los artículos 321 y siguientes, la Sala dictará sentencia dentro de quince dias, contados desde el siguiente al de la terminacion de la vista. (*Ley ant., artículo 865.*)

Art. 874. Cuando la Sala estime necesario acordar, para mejor proveer, alguna de las diligencias que permite el artículo 340, quedará en suspenso el término para dictar sentencia, el que volverá á correr, luego que se unan á los autos las diligencias practicadas.

El primero de estos dos artículos es por demas claro y sencillo, y habiendo explicado nosotros en los comentarios á los arts. 321 y siguientes cuanto al presente puede interesar, remitimos al lector á aquel punto (pág. 268 del tomo 1º), limitándonos ahora á manifestar, (siquiera no sea la observacion de gran importancia), que á nuestro juicio, ya que el término para dictar sentencia en la primera instancia es por regla general de 12 dias, pudiendo ampliarse hasta quince solo cuando excedan los autos de mil folios, debiera haberse establecido igual término y del mismo modo para la segunda, pues no sabemos que haya razones especiales para establecer como regla sin excepcion que el término sea en esta última de 15 dias. La Ley anterior establecia el mismo término para una y otra instancia.

El segundo de los expuestos artículos era innecesario, pues en los 340, 341 y 342, se dispone lo conveniente para el caso en que los Jueces y Tribunales acuerden practicar diligencias para mejor proveer, y en el 342 se dice terminantemente que cuando haya de practicarse alguna, "quedará en suspenso el término para dictar sentencia desde el

dia en que se acuerde la providencia para mejor proveer hasta que sea ejecutada; y luego que lo sea, en el plazo que reste, se pronunciará la sentencia ó el auto que corresponda, sin nueva vista." Así se explica que al tratar de la primera instancia de los juicios declarativos de mayor cuantía, no haya incluido el Legislador una disposicion análoga ó igual á la del artículo que examinamos; lo cual constituye, por cierto, otra circunstancia que demuestra más y más la inutilidad de este artículo y la falta de método en que se ha incurrido al incluirle entre las disposiciones relativas á la segunda instancia de los mencionados juicios.

Pero no es esto solo, sino que la comparacion de lo dispuesto en el presente artículo y de lo ordenado en el 342 da lugar á dudas, pues como en el uno se dice que el término para dictar sentencia volverá á correr, luego que sea ejecutada la providencia para mejor proveer, y en el otro, luego que se unan á los autos las diligencias practicadas, cabe preguntar ¿es que no se puede considerar ejecutada aquella providencia hasta que se unan las diligencias practicadas, ó es que la segunda instancia es preciso no solo que sea ejecutada sino que las mencionadas diligencias se unan á los autos? Lo primero no es creible, porque la union á los autos de las diligencias, no tiene nada que ver con la ejecucion de la providencia para mejor proveer, por cuanto ésta queda ejecutada no bien lo están las diligencias de que se trate, y si fuera lo segundo no habria medio de explicarse por qué en la segunda instancia era preciso que las diligencias se unieran á los autos para que volviera á correr el término, y no habia de suceder lo mismo en la instancia primera. Tal diferencia, pues, entre una y otra disposicion es incomprensible, y haciendo falta explicarla de alguna manera que armonice lo que se ha de hacer en la primera instancia, con lo que tambien se ha de hacer en la segunda, nosotros opinamos que la ha motivado el estar en el ánimo del Legislador que inmediatamente que se ejecute la providencia para mejor proveer se unan á los autos las diligencias practicadas y que una vez hecha esa union vuelva á correr el término suspendido. A nuestro juicio, por tanto se evitarán las dificultades que de otro modo podrian surgir si tanto en los Juzgados cuanto en los Tribunales se procura que la union de las diligencias practicadas á los autos se verifique inmediatamente que la providencia para mejor proveer esté ejecutada; pero sin dilacion de ningun género.