

los autos á la superioridad, reclamar ante el mismo juez *a quo* la reposición de lo obrado indebidamente, y si lo estimaba así, se llevaba á efecto esta providencia, aunque la otra parte apelase de ella, pues su ejecución se consideraba como una restitución de despojo, y porque como dice Elizondo en el lugar citado, núm. 5, en esta gestión procedió deshaciendo por el contrario extremo, lo que, si hizo, fue con una nulidad señalada. V. Salgado de Reg. prot. Lancelcioo, de *Attent.* Cañada, parte 2.<sup>a</sup>, cap. 2.<sup>o</sup>, núm. 38 Curia filípica, Part. 5.<sup>a</sup> § 4.<sup>o</sup>, núm. 20 y la *Enciclopedia de derecho*; tomo III, pág. 161 y siguientes.

La ley de Enjuiciamiento civil no ha establecido tramitación alguna para este caso, por lo que deberá estarse á la práctica anterior espuesta.

1561. Cuando el juez denegare la apelación procedente, há lugar al *Recurso de Queja*, que espondremos mas adelante.

## § II.

### *Trámites de la apelación de sentencia definitiva en los pleitos ordinarios de mayor cuantía.*

1562. Los trámites de estas apelaciones contienen mas solemnidades y son mas estensos que las de los demás juicios, como que se refieren al que forma la norma y regla de todos ellos y en el que se debaten con mas amplitud los derechos de las partes.

1563. Así, pues, interpuesto y admitido el recurso en la forma debida que hemos espuesto en el párrafo anterior, *recibidos que sean en la audiencia cualesquiera autos en que se hubiese admitido una apelación, y luego que se hubiere presentado el apelante por medio del procurador con poder bastante, se pasarán al relator para la formación del oportuno apuntamiento ó extracto de todo lo esencial del pleito*; art. 837 de la ley de Enjuiciamiento civil. Esta disposición no ha hecho mas que confirmar la establecida en el art. 633 de los aranceles judiciales de 29 de noviembre de 1838, modificados con arreglo al real decreto y resolución de S. M. de 22 de mayo de 1846, que corrigieron la antigua práctica de no formar los apuntamientos hasta que el pleito estaba concluso para la definitiva, prescribió que «para evitar los gastos de dobles apuntamientos, inmediatamente que se remitiera á un tribunal superior ó al supremo algun pleito ó causa criminal en apelación ó consulta, del repartimiento pasase el proceso al relator para la formación del apuntamiento ó memorial ajustado, el cual corriera unido al pleito ó causa para que los defensores sacasen las copias ó notas que tuvieran por conveniente, y formado el apuntamiento, siguiera el asunto su legal sustanciación.»

La ley exige para que se forme el apuntamiento, que se haya presentado el apelado, porque seria ocioso el trabajo é inútiles los gastos, si por su

no comparecencia en tiempo oportuno, se declarase desierta la apelación, como dice el Sr. La Serna en sus *Motivos de la Ley*.

Y en efecto, según el art. 838, *si el apelante no hubiere comparecido dentro del término del emplazamiento, á la primera rebeldía que acuse el apelado, se declarará desierto el recurso*, porque se supone que abandona el uso de su derecho; y en su consecuencia, se devolverán los autos al inferior á costa del apelante para que ejecute la sentencia, según expresa el artículo 401 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. Esta disposición ha corregido la práctica anterior que espedia reales provisiones de segundo emplazamiento, dando lugar á dilaciones maliciosas á que por lo regular recurria el apelado.

1564. Mas si no fuese el apelante sino *el apelado* el que no compareciese, seguirán los autos su curso, *notificándose en los estrados del tribunal las providencias que se dictasen*: §. 2.<sup>o</sup> del art. 338. No se declara desierto el recurso en este caso, porque no siguiéndose á instancia del apelado y teniendo este á favor suyo la sentencia del inferior, no hay motivo para presumir que renuncia por la no comparecencia su derecho á defenderse, pues su morosidad puede consistir en la confianza que tenga en su derecho, y nunca puede argüir malicia, puesto que el recurso se sigue por el litigante contrario para revocar la providencia que le fue favorable. Así, pues, como se consigna en el art. 402 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, si se presentare posteriormente el apelado, se le admitirá á hacer parte en el juicio en el estado que tenga.

1565. *Si ni el apelado ni el apelante comparecieren, en cualquier tiempo en que este se presente, continuará la sustanciación de la instancia*: artículo 839. No se acusa, pues, la rebeldía en este caso, á pesar de la no comparecencia del apelante, porque los tribunales no pueden proceder de oficio aquí, puesto que los litigantes pueden haberse avenido en sus diferencias, y porque supone que cuando el apelado no pidió la acusación de la rebeldía, quiso que quedara abierto el recurso, por juzgar tal vez conveniente adherirse á la apelación para mejorar la sentencia en alguna de sus partes en que no le fuere favorable.

1566. Presentado el apelante en el término señalado ante la superioridad, *si la providencia apelada fuere definitiva*, entendiéndose aquí por tal la que decide la cuestión principal del pleito que es la clase de apelaciones de que tratamos en este §; *se entregarán los autos al apelante para expresar agravios de ella por un término que no podrá bajar de ocho dias ni pasar de veinte, y que señalará el tribunal con presencia del volumen de los autos en la providencia en que disponga hacer dicha entrega*: art. 849. Sin embargo, *el término que se señale es prorogable, si el tribunal lo creyese justo, dentro del límite referido por punto general*, esto es, dentro de los veinte dias, art. 850; y aun hay un caso especial en que podrá verificarse la prórroga sobre los veinte dias referidos que expresa el art. 851, según el cual, *cuando la cantidad y la complicación del negocio lo requieran y la expresión de agravios no se haya verificado dentro de los veinte dias por causas*

no imputables al apelante, podrá el tribunal constando esto, bien notoriamente, bien por alegarse en el escrito en que se pida la próroga, concederle otros diez dias mas para hacerlo.

1367. En el escrito de agravios debiera el apelante esponer los que se le hayan causado por la providencia apelada, pidiendo la revocacion ó enmienda de esta. Si el apelado no se hubiese presentado en la superioridad pasado el término para ello, podrá solicitarse en él, se le acuse la rebeldía y sigan los autos su curso, notificándose en los estrados las providencias que se dictasen. Asimismo deberá manifestar su conformidad con el apuntamiento del relator ó las reformas, ó adiciones que á su juico deban hacerse en él: art. 858.

1368. Del escrito de agravios se dará traslado al apelado por el mismo término concedido al apelante al hacerle entrega de los autos para que conteste á aquel: art. 852. Este término es prorogable por las mismas causas, y de igual manera que quedan prevenidas en los art. 850 y 851. Estas disposiciones tienen por objeto establecer recíproca igualdad entre los litigantes.

1369. El apelado en su contestacion alegará las razones que le asisten para atacar la apelacion interpuesta, pidiendo se confirme la sentencia del inferior en la parte que le favorezca.

Con la contestacion presentará el apelado copia de ella en papel comun, la cual se entregará al apelante, art. 854, para que pueda enterarse de lo alegado en ella sin necesidad de entregarle el escrito original, lo que ocasionaria dilaciones inútiles.

Tambien manifestará en el escrito de contestacion su conformidad con el apuntamiento del relator ó las reformas ó adiciones que á su juicio deban hacerse: art. 858.

Por último, en este escrito deberá el apelado adherirse á la apelacion en los extremos en que crea perjudicial la sentencia. Ni antes ni despues podrá usar de este remedio. Esta disposicion es conforme con la jurisprudencia anterior, segun se ve por la doctrina siguiente que tomamos de nuestros principales autores prácticos, y en especial del Sr. conde de la Cañada.

1370. El remedio de la adhesion á la apelacion (segun se llama en el lenguaje forense) fue desconocido en el antiguo derecho romano. La razon no pudo ser otra, sino que el que no apela de la sentencia, aun cuando lo hace la parte contraria, la aprueba y ratifica, y no puede venir contra su propio hecho, impugnándola en el tribunal del juez superior: debe pues limitarse, si ha de ser consiguiente, á pedir su confirmacion.

Justiniano, por su ley 59 (Cod. de Appellat.), emendó en este punto la antigua legislacion, permitiendo á la parte que no apeló, que á consecuencia de la apelacion contraria pudiera pedir en el tribunal superior que se reformará la sentencia del inferior en lo que la considerase gravosa y perjudicial.

1371. Asi, la adhesion puede definirse con el Sr. Suarez de Figueroa en su tratado de Jure adhærendi, cap. 3, núm. 7, un remedio subsidiario á

causa de Haberse omitido la apelacion, por el que consigue el que se adhiera á la apelacion contraria, lo mismo que conseguiria si por su parte hubiese apelado; por manera que el que apela y el que se adhiere son de una misma condicion, como si los dos hubieran apelado.

1372. En la citada ley romana no se encuentra la tal voz de adherirse; y á decir verdad hay impropiedad de lenguaje en usarla; pues que comunmente y segun nuestros diccionarios, significa todo lo contrario de lo que se la hace significar en el foro; pero lo cierto es que el apelante y el que se adhiere convienen en el intento y pensamiento de mejorar sus derechos ante el superior, y que la adhesion surte en favor del adherido los efectos de verdadera apelacion.

1373. No se halla ley alguna entre las del reino que renueve ni autorice en forma de ley la mencionada del emperador Justiniano, ni la citan los autores que tratan de intento de su inteligencia; pero está recibido este remedio por la práctica general y constante de los tribunales.

1374. La adhesion no puede tener lugar ni es necesaria cuando el juicio y la sentencia dada sobre él contienen un solo artículo: en tal caso, si la parte vencida apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios pidiendo simplemente la confirmacion; y lo mismo ha de decirse cuando los capítulos de la sentencia tienen relacion y conexion precisa por el orden y dependencia respectiva, pues aunque sean muchos, vienen á formar uno solo: queda pues reducido este remedio al caso en que la sentencia contiene diversos capítulos sin la tal conexion y dependencia.

1375. Cierto es que la omision de no apelar induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado: que parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en alguna parte; que esta aprobacion y consentimiento son tan eficaces que llevan la sentencia á cosa juzgada, y se procede á su ejecucion en la parte que no es apelable la sentencia; que la apelacion es limitada al gravámen que se siente y motiva; pero concurren otros fundamentos mas superiores para justificar el remedio de la adhesion.

1376. La parte que no apela de la sentencia en algun artículo que la perjudica, se acerca mas al espíritu de las leyes que desean la brevedad y fenecimiento de los pleitos, pues en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho de no apelar, prefiriendo pasar por el daño que le causa la sentencia, á continuar el pleito con grave perjuicio de la causa pública.

Estas loables intenciones quedan frustradas por la apelacion de la parte contraria, y no parece justo por lo mismo hacerla de mejor condicion que á la bien intencionada.

La aprobacion que se induce del hecho de no apelar no pasa de una presuncion; el consentimiento no fue absoluto y espresivo, ni determinado á reconocer la justicia de la sentencia; tuvo por causa y objeto evitar mayores gastos y dilaciones acabándose el pleito con aquella sentencia: faltó por la apelacion contraria esta condicion insita y natural; justo es pues en estas

circunstancias que la parte que calló quede por la adhesion en aptitud de gozar de las mismas ventajas que la apelante.

1577. Si en el caso propuesto de ser la sentencia en parte fevorable y en parte adversa sobre diversos capítulos, no fuese reciproca la esperanza de mejorar su justicia en la segunda instancia, se multiplicarian al infinito las apelaciones, pues desde luego se prepararia cada parte con su respectiva apelacion en todo lo que la sentencia le fuese desfavorable; á mas de que en este juicio de apelacion y en todos es muy recomendable la equidad y justicia entre las partes; y por esto en la ley 10, Cod. *Quando provocare non est necesse*, se dispone, que si el juez condenó á la parte en todo lo principal que fue deducido en la demanda, pero no en las costas y perjuicios, apelando la parte condenada, pero no la otra de la omision de costas, todavia el juez superior puede y debe condenarla en ellas, si lo estimare justo.

El Sr. conde de la Cañada examina tambien la opinion de aquellos autores que para dar lugar al remedio de la adhesion distinguen de fórmulas en el modo de concebir la apelacion; es si la parte que recibió agravio en uno ó mas capítulos, y en otros obtuvo sentencia favorable, apeló sencillamente sin moderacion ni restriccion alguna, en cuyo caso admiten el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion; pero le niegan cuando se apele con limitacion á los capítulos que fueron contrarios en la sentencia, consintiendo en los favorables. El mencionado autor rebate esta opinion lata y fundadamente, demostrando que en ambos á dos casos debe tener lugar el remedio; y su opinion es la admitida uniforme y generalmente en la práctica.

1578. Contienen tambien los autos, sobre si procederá el remedio de la adhesion, cuando el que apeló desistió de su recurso. Los que están por la negativa se fundan en que el apelado en el mero hecho de no haber apelado mostró su intencion de conformarse con la sentencia, en el caso de no apelar de ella el contrario, y en su consecuencia, desde que este desiste de su apelacion, debe considerarse el pleito y la sentencia del inferior en el mismo estado, que si no se hubiera apelado, ni practicándose la adhesion á la apelacion, á que dió ocasion aquel recurso; lo cual procede tanto mas segun ellos, cuando el apelante desiste antes de que el apelado haya producido en juicio su adhesion al recurso. Pero los que están por la afirmativa, á que nos inclinamos, desvirtuan estas razones, diciendo, que la facultad de adherirse subsiste por sí y desde que el contrario apele, pues por este hecho creó derechos y esperanzas respecto del apelado, para mejorar la sentencia; los cuales no pueden destruirse por solo la voluntad del apelante: que por lo mismo que el apelado hizo cuanto estuvo de su parte para no reproducir el litigio, aviniéndose con la sentencia del inferior, y renunciando á sus esperanzas de mejorar su derecho, desde que el apelante le obligó á abrir la segunda instancia, no tiene derecho para obligarle á desistir de ella, si ha de haber la debida igualdad entre los litigantes. Nada importa que cuando desistió el apelante no se hubiera adherido aun á la apelacion el apelado, pues su derecho ó facultad de adherirse, nació desde que aquel interpuso la

apelacion, sin que para que subsista, sea necesario que lo haya ejercitado anteriormente. De lo que deducen estos autores, que debe notificarse al apelado el escrito en que desista el apelante de su apelacion para que declare si se conforma con él y solo entonces producirá efecto el desistimiento.

El escrito en que el apelado se adhiere á la apelacion se llamaba en la antigua práctica escrito de *agravios medio*, por suponerse en él que se le habian causado tambien agravios en parte.

1579. *En los casos en que el apelado se adhiriese al recurso, no se acompañará la copia prevenida en el art. 854, y del escrito de contestacion, se dará traslado al apelante, para que se entere y conteste: art. 856. La contestacion de este deberá limitarse á lo que haya sido objeto de la adhesion, y de ella acompañará copia en papel comun que se entregará al apelado, para que se entere y pueda rebatirla en las alegaciones é informes de la vista: art. 857.* No podrá, pues, el apelante contestar á las razones que espuso el apelado para sostener la parte de la sentencia de que aquel apeló por creerla perjudicial, sino solo á las referentes á los agravios inferidos al apelado por parte de la sentencia que motivaran su adhesion á la apelacion, pues de lo contrario el apelante habria presentado dos escritos ó contestaciones cuando el apelado no presentó mas que uno, y no habria igualdad en la defensa.

1580. *Presentada la contestacion por el apelante, en el caso de haberse adherido á la apelacion el apelado, ó por este en el caso contrario, se da por terminada la discusion escrita, y se pasarán los autos al ministro ponente para que los examine y manifieste si está el apuntamiento en su juicio con exactitud ó si es necesario hacer en él alguna de las reformas manifestadas por las partes en los escritos de expresion de agravios ó de contestacion á este: art. 858.*

Esta es una de las atribuciones á que se refiere el art. 56 y el 57 de la nueva ley respecto del ministro ponente (creacion hecha por el art. 53 de la misma, á imitacion de lo establecido por la regla 8.<sup>a</sup> del real decreto de 22 de setiembre de 1848 las causas criminales), puesto que se dispone en aquel, que *para cada pleito se nombrará en los tribunales supremo y superiores un ministro ponente, llevando un riguroso turno entre los que compongan la Sala, con exclusion del presidente; y que segun dicho art. 57 será cargo del ministro ponente: 1.º Informar á la Sala, sobre la reforma ó adiciones del apuntamiento solicitadas por los litigantes. Para este efecto se le pasarán previamente los autos; 2.º Examinar los interrogatorios y posiciones presentadas por los litigantes, y calificar su pertinencia, y si se reclamare contra la calificacion que hicieron, decidirá la Sala; 3.º Presidir la práctica de las diligencias de prueba y recibir cualesquiera declaraciones que la Sala ordenare; 4.º Autorizar las ratificaciones y hacer los discernimientos de todo cargo; 5.º Redactar las sentencias con arreglo á lo acordado; 6.º Leerlas en sesion pública del tribunal.*

1581. *Devueltos que sean los autos por el ponente, y habiendo conformidad en el apuntamiento, ó hechas en él las reformas ó adiciones de la s*

*pedidas por las partes que la Sala hubiere creído procedentes, pues no basta la sola voluntad del litigante para hacerlas, porque pudiera proceder de malicia para dilatar el pleito por este medio, se mandarán traer los autos á la vista; citadas las mismas partes: art. 860.*

1582. Este procedimiento se entiende cuando los litigantes no han empleado prueba para robustecer su derecho, mas no si la emplearen, pues en este caso, segun dispone el art. 866, *antes de haberse notificado la providencia en que se manden traer los autos á la vista, pueden las partes exigirse confesiones judiciales con tal que sean sobre hechos que no hayan sido objeto de otras que se hayan exigido en la primera instancia.* pues teniendo por objeto la segunda instancia, no tanto abrir un nuevo juicio como verificar un nuevo exámen del proceso, para ver si la sentencia del inferior se ha dictado con toda imparcialidad é inteligencia, dando por otra parte ocasion á que se suplan y completen las pruebas que se omitieron ó que no pudieron practicarse en la primera instancia, no debe permitirse á los litigantes pedirse reciprocamente confesion sobre hechos que fueron ya objeto de esto. El art. 411 de la ley de Enjuiciamiento mercantil previene tambien que no se admitan confesiones judiciales sobre hechos que esten en contradiccion con los capítulos contenidos en primera instancia. No se olvide tampoco que los ministros ponentes deben recibir por si las declaraciones segun prescribe el art. 35 espuesto en los núms. 752 y siguientes del libro 2.º de esta obra. Acerca del modo de proceder para la prueba de confesion, véase lo espuesto en el § 6.º, seccion 5.ª, tit. 6.º de dicho libro 2.º

1583. *Tambien podrán los litigantes, segun el art. 867, traer los documentos de que juren no haber tenido hasta entonces conocimiento.* Mas esplicito se halla sobre este punto el art. 405 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, puesto que segun él asi el apelante como el apelado podrán presentar nuevos documentos que se refieran á actos posteriores al tiempo en que pudieron producirse en primera instancia, ó que siendo de fecha anterior, jure la parte que haga uso de ellos, que no habian llegado á su noticia ó que no pudo proporcionárselos en tiempo oportuno para producirlos en primera instancia. Esta doctrina debe entenderse aplicable al procedimiento civil, tanto mas, cuanto que la concision del art. 867, se halla suplida por lo dispuesto en los arts. 225, 255, 257 y 869 de la ley civil. Véase lo espuesto sobre el periodo de primera instancia hasta que puedan presentar documentos los litigantes en los núms. 112 y siguientes del libro 3.º de esta obra.

1584. Por las leyes 4, 5 y 6, tit. 21, lib. 11 de la Nov. Recop. estaba prevenido, que las escrituras con que intentara probar sus agravios el apelante y los suyos ó su defensa el apelado se presentaran por aquel en el escrito de agravios, y por este en el de contestacion, pues no presentándolas entonces, no se les admitian despues si no era jurando que no habian tenido antes noticia de ellas ó que no pudieron proporcionárselas en tiempo oportuno. La nueva ley no contiene disposicion expresa sobre este punto; pero requiriéndose en el art. 867 que los documentos se presenten jurando no haber tenido antes conocimiento de ellos, se deduce naturalmente, que si lo

tuvieron al presentar sus respectivos escritos, entonces deben producirlos, pues de verificarlo, despues, no se les admitirian ó tendrian que ser perjuros; asi se deduce tambien del espíritu de los arts. 225 y 255. De esta suerte se evitan las dilaciones consiguientes en caso de presentarse despues, de tener que dar traslado de ellos al litigante contrario para que pueda redarguirlos de falsos conforme espusimos en el núm. 806 del libro 2.º de esta obra ó atacarlos en las alegaciones de derecho ó informes de la vista.

Ademas de las confesiones judiciales que pueden exigirse los litigantes y de la produccion de los documentos referidos que puedan presentar en segunda instancia, consigna la nueva ley, en su art. 868 que *asimismo podrán pedir el recibimiento á prueba, para utilizar cualquiera de los medios de hacerla que queden establecidos* en su art. 279; en la forma que espusimos en los párrafos 7, 8 y 9 seccion 5.ª, tit. 6.º, lib. 2.º de esta obra. Por nuestras leyes anteriores, y en especial por la 6, tit. 10, lib. 11 de la Nov. Recop. al paso que se permitió hacer prueba en segunda instancia por documentos y confesion de parte, se prohibió practicarla por testigos *ni en otra manera*, sobre los mismos artículos que se introdujesen en los interrogatorios de la primera ú otros directamente contrarios, para evitar, como dice la dicha ley 6.ª sobornos y corrupeiones y probanzas falsas, de que resulta en los pleitos mucho daño y fatiga, y costas á las partes. Sin embargo, segun la ley 40, tit. 16, Partida 3.ª se admitia la prueba de testigos en segunda instancia, cuando el apelante presentaba nuevos testigos, jurando que no procedia de malicia sino por hallarse ausentes en el curso de la primera instancia ó no acordarse de ellos; y asimismo, segun la doctrina de los intérpretes, fundaba en el espíritu de nuestra legislacion, y admitida por la práctica, se admitia tambien dicha prueba de testigos en segunda instancia, cuando el exámen de los presentados en primera instancia, habia padecido el vicio de inutilidad; cuando presentados en dicha instancia, no fueron examinados en ella, si consentian los litigantes en su presentacion y exámen en la segunda cuando los menores pedian restitution para probar sobre los mismos artículos de la primera ó la causa era matrimonial. V. Cov. Pract. cap. 18, núm. 6; Diego Perez, lib. 4 del Ord. real, glosa 1; Matienzo, Dialog. velat., § 3, á la ley 27, tit. 16, Part. 3.ª, Cur. fil. part., § 3, núm. 4, Febrero Nov., lib. 3, tit. 2, cap. 18, núm. 12.

1585. La ley de Enjuiciamiento mercantil, limitó tambien la prueba en segunda instancia, disponiendo en su art. 407, que no se recibieran los autos á prueba, aunque alguna de las partes lo solicitara, sino en los casos siguientes: 1.º De conformidad de todos los litigantes; 2.º si se hubiesen alegado hechos nuevos que la exigieran para la calificacion del derecho de las partes; 3.º Cuando se manifestara causa suficiente á juicio del tribunal que impidiese probar en primera instancia los que se alegaron en ella.

1586. La ley de Enjuiciamiento civil ha puesto tambien limitaciones á la prueba en segunda instancia. Segun su art. 869, *el recibimiento á prueba solo podrá otorgarse:*

1.º *Cuando por cualquiera causa, no imputable al que la solicita, no*

hubiese podido hacerse en la primera instancia; como si la práctica de la prueba dependiera de hecho ageno, ó si dependiendo de hecho propio, se opusiera á ello algun obstáculo, bien sea natural ó artificial, cuya remocion no hubiese estado al alcance del que la pidiere; segun dice el art. 272, que determina las justas causas porque se puede suspender el término de prueba, y que espusimos en su lugar. La justicia de esta disposicion es fácil de comprender con solo recordar, que no hallándose nadie obligado á hacer mas de lo que está en sus facultades, quedaria indefenso el litigante si no se le concediera en el caso espresado verificar prueba.

2.º Cuando hubiese ocurrido algun hecho nuevo conducente al pleito, y posterior al último dia del término de prueba que haya corrido en primera instancia, mas no si ocurrió antes, pudiendo hacer la prueba sobre el el litigante en primera instancia, pues se supone que si no la hizo, renunció á ella. Puede, sin embargo, suceder que ocurra el hecho nuevo con posterioridad al último dia de la prueba y que no se conceda sobre él esta en segunda instancia, ó que ocurra dentro de dicho término y se dé sobre él dicha prueba. El primer caso se verificará cuando ocurriese el hecho dentro del término de prueba que no fuese el total que concede la ley, ó siendo prorogable no se hubiese pedido la próroga, pues entonces se entiende tambien que renunció el litigante á su derecho de probar. El segundo caso acontecerá cuando por ocurrir el hecho en los últimos dias de la prueba ó en los anteriores, no fuere posible hacer esta por la premura del tiempo, ó por otra causa no imputable al que la solicite en segunda instancia, pues entonces milita para concederse dicha prueba la regla primera de este artículo.

3.º Cuando se haya adquirido conocimiento de un hecho que se ignorara antes y sobre el cual por consiguiente no hayan girado ni las alegaciones ni las pruebas, de primera instancia, pues si ocurrió antes que estas, y pudo alegarse ó probarse en ellas, por no existir causa no imputable al que solicite la prueba, no se concederá esta. Segun se ve, limita la ley la facultad de conceder la prueba en segunda instancia, no solo respecto á los hechos que no hubieren llegado á noticia de las partes, precisamente antes del término de la prueba en primera instancia, sino aun respecto de los que hubieren sabido los litigantes pasado este, con tal que sea en tiempo en que pudiesen alegarlos en los escritos de ampliacion que les permite presentar el art. 260 de la ley, jurando que no tuvieron conocimiento de aquellos hechos, pues la regla 3.ª del art. 869 se refiere á dichos escritos con la palabra *alegaciones*. Tambien en segunda instancia deberá usarse de dicho juramento.

Estas limitaciones del art. 869 no rigen para los juicios seguidos en rebeldía en los casos en que permite la ley proponer prueba al litigante rebelde que la solicita, segun diremos al tratar de aquellos.

1387. Para conceder el término de prueba se oirá siempre á la parte contraria segun espresa el art. 870, puesto que puede tener interés en que no se admita el pleito á prueba ó en combatir la propuseta, para lo cual se

le dará traslado por término de seis dias, conforme al espíritu del art. 542 del escrio del litigante que la solicite, é informará en dicho término á la Sala el ministro ponente, art. 870, sobre si la prueba propuesta es ó no admisible, por concurrir respecto de ella los requisitos del art. 869.

1388. *Contra la providencia en que se otorgare la prueba, no se dará recurso alguno*, art. 871, para evitar las dilaciones y perjuicios que se ocasionarian á las partes de seguirse este incidente, mayores sin duda que los de la práctica de la prueba, que por otra parte facilita á los litigantes la justificacion de sus derechos. *Contra la en que se denegare*, como puede causar graves perjuicios á los litigantes, impidiéndoles que justifiquen el derecho que les asiste, la ley les concede ulterior recurso, pero no pudiendo ser este el de súplica, por haberse decretado su supresion en la autorizacion dada al gobierno para formar la ley de Enjuiciamiento, establece el art. 871 que solo procederá el recurso de casacion en su caso y lugar, esto es, como se consigna en el art. 1015, núm. 6, cuando la denegacion de la prueba, admisible segun las leyes, haya podido producir indefension y se haya reclamado la subsanacion de la falta.

1389. Nada dice la ley de Enjuiciamiento civil sobre el tiempo que podrá comprender el término de prueba, ni si podrá prorogarse ó suspenderse, ni si será permitido tachar á los testigos y presentar escritos de ampliacion despues de ejecutada la prueba, ni demás particulares sobre que versan los arts. 260 al 272, por lo cual deberá estarse á lo prescrito en los mismos, que espusimos al tratar de la prueba en primera instancia en el juicio ordinario. Sin embargo, respecto de las tachas de los testigos, deberá entenderse aplicable en el dia, por fundarse en reglas de justicia y equidad, la antigua doctrina sobre que no pueden tacharse en la segunda instancia los testigos que no se tacharon en la primera, habiendo sido presentados en ella, por suponerse que fueron aprobados tácitamente por quien no los tachó, y que ni aun pueden probarse en dicha segunda instancia las tachas puestas y no aprobadas en aquella, á no ser que no las hubiera querido admitir el juez ó que hubiera existido justa causa para no oponerlas, pues entonces pueden oponerse en el escrito de agravios y contestacion á este y probarse al mismo tiempo que los puntos principales. V. Curia Filipica, parte 5, párrafo 5., núm. 8.

1390. *Los señalamientos para las vistas se verificarán sin necesidad de solicitud de las partes*, para evitar dilaciones inútiles; art. 860.

1391. *Las vista de los pleitos se verificarán por riguroso orden de antigüedad bajo la responsabilidad del presidente de la sala*: art. 861. *Pero si por ocupaciones de la sala ó de los letrados se transfiera á otro dia cualquiera la vista, no por ello se alterará el orden establecido, mas que lo absolutamente indispensable para que la vista suspendida pueda tener efecto lo antes posible*. Estas disposiciones son análogas á las del art. 58, espuesto en el núm. 1041 del lib. 2.º de esta obra. No se olvide tampoco lo prescrito en los arts. 40 al 45 esplicados en los núms 1041, 1042 y 1043 de dicho lib. 2.º ni lo dicho en los núms. 1043 al 1047.