

1777. A esta misma especie de Recurso de Fuerza pertenece, segun ya hemos indicado, el *en otorgar*, que se verifica cuando el juez eclesiástico admite la apelacion que es improcedente segun las leyes, ó la admite en ambos efectos, no procediendo mas que en uno. Su preparacion y sustanciacion son iguales al *en no otorgar*, con solo las diferencias, respecto de la parte agraviada, de pedirse que se reponga el auto en que se admitió la apelacion declarando que no procede, y apelando subsidiariamente de la negativa de esta solicitud, y de sostener en él la improcedencia de la apelacion admitida; y respecto del juez eclesiástico, cuando el secular declara que ha lugar al recurso, de no remitir los autos al superior inmediato para que conozca de la apelacion, por ser esta improcedente, y de pasar en su consecuencia á ejecutar la sentencia que pronunció.

TITULO XXIII.

De los juicios en rebeldía.

SECCION I.

HISTORIA Y FUNDAMENTOS DE ESTE JUICIO.

1778. Juicio en rebeldía es el que se sigue cuando el demandado no se presenta en juicio en virtud de la citacion ó llamamiento judicial que se le hizo en debida forma, para que comparezca á defenderse, haciéndosele las demás citaciones y notificaciones en los estrados del tribunal, que se le señalan como procurador, y dictándose la sentencia segun los méritos de los autos, como si estuviera presente.

1779. Este procedimiento se funda en razones de equidad y justicia, pues seria injusto que quedara en suspenso ó sin efecto la declaracion ó realizacion de los derechos que tiene el demandante contra el demandado, por no comparecer este en juicio, dando motivo para presumir que procedia de mala fe y como contumaz y rebelde, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, en el hecho de desobedecer los llamamientos judiciales.

1780. Asi es, que este procedimiento se conoció ya desde muy antiguo. Entre los romanos, cuando se presentaba solo el demandante, señalaba el juez para comparecer al demandado un plazo de diez dias; *primum edictum*; si no comparecía, se le hacian otras dos citaciones por igual plazo, y si tampoco producian efecto, se daba el edicto perentorio, por el cual se anunciaba, que despues de otra nueva citacion se dictaria sentencia definitiva, compareciese ó no el demandado, y cumplido el plazo, se pronunciaba sentencia de la que no podia apelar el condenado en rebeldía. Leyes 68 á la 73 del Digesto, *de judiciis et ubi quisque*. Valentiniano, en su Novela 12, dispuso, que cuando no compareciese el demandado, se le tratase como contumaz: *evocatus se cundum ordinem juris, sententiam excipiat contumacis*.

1781. Además, el derecho romano, cuando los demandados eludian las reclamaciones judiciales, ocultándose ó sustrayéndose á los actos necesarios para que pudiera entablarse contra ellos la accion, habia adoptado otro medio de satisfacer de un modo espedito á los demandantes, el cual se derivaba del rigorismo primitivo usado contra los deudores, esto es, el de la *manus injectio* ó ejecucion contra sus personas, los cuales eran entregados al acreedor para que se indemnizara con su trabajo de su crédito. Este medio fue las *misiones en posesion* de los bienes del deudor suficientes á cubrir el crédito ó reclamacion del acreedor, pues no permitiendo á este las leyes de las Doce Tablas tener en su poder indefinidamente á su deudor, se le exigió en un principio, que lo vendiese á cierto tiempo, y posteriormente, templándose este rigor estremo, le concedia el magistrado, si conceptuaba su reclamacion arreglada á justicia, la posesion y aun la venta de bienes del deudor, proporcionados al importe de aquella, si bien el demandado podia recobrar esta posesion acudiendo á defenderse y afianzando hacerlo. Véanse la ley 50, par. único, tit. 1, lib 15, la 53, tit. 5, libro 16 del Dig., la 9, título 72, lib. 7 del Código, la Autent, *et qui jurat*, Cód. tit. art. la *Enciclopedia de derecho*, art. *Asentamiento*, y el *Tratado de las Acciones de Zimmern*, Part. 2, cap. 1, tit. 2, sec. 2; art. 1, y Part. 3, cap. 1, sec. 3, § 151, y el lib. 2 de esta obra número 520.

1782. Ambos medios se hallan tambien consignados en nuestros códigos. La ley 17, tit. 1, lib. 2 del Fuero Juzgo, hácia el fin, dispone que el juez ponga al actor en posesion de la cosa que pide al demandado si este se ocultare y no acudiere al llamamiento judicial, *salvo*, no obstante, *el derecho del que non apareció*. Las leyes de Partida establecen tambien este medio que denominan, vía de *asentamiento*, la cual segun esplica la ley 1 del tit. 8, *es tanto como apoderar e asosegar ome en tenencia de alguna cosa de los bienes de aquel á quien emplaza*, y consistia en poner al actor á petition suya, en posesion de la cosa que reclamaba, cuando la accion era real, y en entregarle bienes equivalentes al importe de la deuda, cuando la accion era personal; y si trascuria un año en la accion real, y cuatro meses en la personal, sin presentarse el demandado á recobrar la posesion de sus bienes como podia hacerlo en juicio ordinario, el actor quedaba por verdadero poseedor y el demandado tenia solo el derecho de reclamar la propiedad; véanse las leyes 2, 4, 6 y 8 del tit. 8, y la 10, tit. 22, Part. 3. El ordenamiento de Alcalá en el tit. 6, ley única, introdujo alteraciones notables en estas disposiciones, siendo la principal la de reducir los términos de un año y de cuatro meses que aquellas concedian al demandado para presentarse á reclamar la posesion á los de dos meses en la accion real y uno en la personal. Esta ley fue incluida en la Nov. Recop, en la 1, tit. 5, lib. 11. Nuestras leyes y práctica posteriores rechazaron semejante medio, bien en consideracion á su origen odioso y al excesivo rigor que en sí envolvia contra el demandado, bien por dejar en suspenso el derecho de posesion y abierta por un término indefinido la puerta al juicio de propiedad, multiplicando además las reclamaciones judiciales. Asi, la ley 4, tit. 15, lib. 11 de la

Nov. Recop. mandó espresamente, que no pudiera hacerse asentamiento en los pleitos cuyo importe no escediera de 600 mrs.; la ley sobre negocios y causas de comercio, dada en 1850, prescribe en su art. 166, que no tenga tampoco lugar dicha vía. El reglamento de 1.º de octubre de 1845 y el de 30 de diciembre de 1846 que marcan los procedimientos sobre negocios contenciosos de la administracion que deben observarse en los consejos provinciales y en el real, no mencionan la vía de asentamiento para el caso de rebeldía, é igual omision se advierte en la ley de 10 de enero de 1858 sobre pleitos de menor cuantía en el fuero comun, por lo que se ha tenido por derogada aquella vía, y por rechazarla indirectamente todo el contesto de dicha ley. Respecto de los de mayor cuantía, la práctica de los tribunales la dejó en desuso. Los redactores de la nueva ley de Enjuiciamiento, desechando tambien en lo general esta vía, han creído conveniente adoptar las medidas que encerraba convenientes para escitar al demandado á seguir el juicio y para asegurar al actor el resultado de su demanda, disponiendo que pueda decretarse, si el actor lo pide, la retencion de los bienes muebles del demandado y el embargo de los inmuebles en cantidad necesaria para asegurar el objeto del juicio, pero sin poder ejecutarse la sentencia sin prestar el actor fianza bastante á responder de lo que reciba, si oido el litigante rebelde se le mandare devolver: artículos 1184 y 1205.

1783. El otro medio concedido al actor para conseguir su pretension de seguir el juicio en rebeldía por todos sus trámites hasta que recaiga ejecutoria, lo que llaman nuestras leyes la *vía de prueba*, se halla consignado tambien en las leyes 9 y 10, tit. 22, Part. 3 y en la 2, tit. 5, lib. 11 de la Nov. Recopilacion. Estas leyes, sin embargo, refiriéndose con demasiada generalidad á los procedimientos entre presentes no determinaban claramente el procedimiento que hacia necesario la especialidad de este juicio, principalmente para el caso en que se presentase el que se mostró rebelde antes ó despues de dictarse el fallo. La nueva ley de Enjuiciamiento ha tratado de evitar las dudas que se ofrecian sobre este punto en las disposiciones contenidas en su tit. XXV.

1784. Aunque en la definicion de este juicio nos hemos referido al demandado que no comparece, por ser el litigante respecto del cual tienen completa aplicacion las disposiciones referidas y todas las del tit. 25 de la nueva ley de Enjuiciamiento, rigen tambien gran parte de los principios y disposiciones de este juicio respecto del demandante, que despues de proponer su demanda, no continúa sosteniéndola hasta su resolucion final, pues no es justo dejar al libre arbitrio del actor dilatar mas ó menos la prosecucion del juicio, atendiendo á su interés ó su capricho, y cuando puede al demandado convenirle su continuacion. Véase el lib. 2 de esta obra, número 1182 y 1183, aparte 3. Segun el derecho romano, cuando no acudia el demandante en el dia de la audiencia, el juez borraba el edicto perentorio: *Quod si is qui edictum peremptorium impetravit absit die cognitionis, is vero adversus quem impetratum est absit, tunc circumducendum erit edictum peremptorium; neque causa cognoscetur, neque secundum presentem*

pronuntiabitur, dice la ley 75. *De judiciis*. Segun la ley 2, Cód. Theod. *De tem. cursu*, cuando no se presentaba el demandante, debia ser absuelto el demandado. Justiniano dió una constitucion estableciendo, que si no se presentaba el actor se le hicieran tres citaciones cada tres dias, y si no comparecia, se procediera contra él como contumaz, pero el juez no debia condenar al actor por el mero hecho de la no comparecencia; si no procedia la condena del mérito de los autos. Vease la ley 15, § 2, Cód. *De jud.* Posteriormente mandó tambien Justiniano, que el actor que despues de haber propuesto su demanda no se presentaba, fuera citado tres veces y si no acudia al juicio dentro de un año, debia el juez á instancia del demandado dictar sentencia; si despues de presentarse el actor dentro del año volvia á abandonar su demanda, debia declararse su derecho perdido, pasado dicho año. *D. de feriis et dilat.*

1785. Nuestros códigos vinieron á adoptar el espíritu de estas disposiciones. La ley 9, tit. 22, Part. 3 estableció, que si el actor despues de contestada la demanda, no quiere comparecer ó abandona el juicio por pereza ó maliciosamente á sabiendas por creer que no puede probar su accion, si el demandado pidiere que se siguiese el pleito adelante, mas no de oficio, debe el juez «emplazar al demandador que venga ante él á seguir su pleito y á oír la sentencia;» y si no comparece, debe el juez examinar los autos, y si viera que aquel tuvo tiempo para probar su accion y no lo hizo, ó no probó claramente lo que debia, «debe el juez dar por quitto al demandado de la demanda principal.» Mas si viera el juez que el actor no tuvo plazos para probar su accion ó encontrare dudas para dar sentencia, debe absolver al demandado de la instancia: en tales casos debe condenar al actor en las costas y en los daños que causó al demandado con su demanda. Pero si el juez viere que el actor probó su accion y derecho en lo ejecutado durante su comparecencia, y el demandado pidiera que se dictare el fallo, puede darlo condenando á éste en lo que se probare contra él, no obstante la rebeldía del actor, si bien en pena de ella, deberá pagar éste las costas y los perjuicios causados á aquel por su contumacia. Asimismo la ley 6, tit. 4, lib. 11 de la Nov. Recop., impone tambien al litigante rebelde, sea el demandado ó el actor el pago de costas y perjuicios causados á su contrario por su rebeldía en comparecer. La ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio, en su art. 167 previene, que si el actor abandonare su demanda y el reo instare la continuacion del juicio, se le citará (á aquel) para que comparezca á seguirlo en un término igual al del emplazamiento del demandado, y no haciéndolo, se seguirá adelante la causa hasta sentencia definitiva, sustanciándose con los estrados; y en el 168 prescribe, que todo actor que no pruebe su accion ó que la abandone, sea condenado en las costas.

La práctica del fuero comun, adaptándose al espíritu de estas disposiciones y á las sancionadas para el procedimiento del juicio en rebeldía en general, adoptó para el caso de que el actor no queria comparecer despues de contestada su demanda, y el demandado pedia que se siguiera el juicio

el acusarle la rebeldía, y no compareciendo, se le condenaba en las costas y en los daños que habia causado al demandado no prosiguiendo su accion, y se le imponia perpétuo silencio, á no que prestase caucion de comparecer ó probase haber estado impedido legítimamente. En el dia, no pudiendo tener lugar la absolucion de la instancia por las consideraciones y jurisprudencia que espusimos en el número 1083, lib. 2 de esta obra, y hallándose aquella práctica conforme con el espíritu de la nueva ley sobre los efectos de abandonar el actor su pretension segun puede verse entre otros en los arts. 838, 1159, 1158, 1078 y 1098 y con las disposiciones del tit. 25 de la misma sobre el procedimiento en rebeldía, creemos que puede ser adoptada por nuestros tribunales, aplicándose á los casos de rebeldía del actor, las disposiciones del referido tit. 25, pues rigen respecto de él, como lo indica el hacerse uso en ellas de la palabra litigante que es aplicable tanto al actor como al demandado, pero esceptuando aquellas que se refieren especialmente á la condicion del demandado. Véase lo espuesto en el número 26 del tit. 3 de esta obra.

1786. Al terminar esta seccion, debemos advertir, que las disposiciones del tit. 25, se refieren principalmente y son aplicables en su totalidad á los juicios declarativos, como el ordinario, de mayor ó de menor cuantía, pues respecto de los demás, les serán aplicables en la parte que lo permita, la índole, naturaleza y objeto de los mismos.

SECCION II.

PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO EN REBELDIA.

1787. *Declarado un litigante en rebeldía*, lo cual se verifica á instancia del contrario y cuando desatendió los llamamientos judiciales que le hizo el juez en mayor ó menor número, segun la índole y naturaleza de los diferentes juicios é instancias, que llevamos espuestos en cada uno de ellos, *no se volverá á practicar ninguna diligencia en busca*, pues ya se hicieron las que se juzgaron bastantes para constituir el hecho de desobedecer á ellas la presuncion de que procede de mala fe y es digno de que se le declare en rebeldía. *Todas las providencias que recaigan de allí adelante en el pleito, y cuántas citaciones deban hacerse, se notificarán y ejecutarán en los estrados del juzgado ó tribunal*: art. 1181 de la ley, los cuales por una ficcion legal se supone que representan su persona, y en su consecuencia, le causan las notificaciones hechas en ellos igual perjuicio que si se le hicieran hallándose presente, dándose tambien asi á entender que el litigio se ha seguido con el actor y el reo. Anteriormente, aunque en la ley 1, tit. 5, lib. 11 de la Nov. Recop. se adoptaba tambien esta medida general, en la práctica se hacian la notificacion del auto de recibimiento á prueba y la citacion para dictar sentencia personalmente ó por cédula al demandado declarado en rebeldía y aun por exhortos, si se hallaba ausente en lugar conocido pero diverso del juicio, ó por edictos y pregones si en lugar igno-

rado; pero en el dia, creemos impropio esta práctica, en vista de la terminante disposicion de este artículo. Sin embargo, no deben entenderse modificados por él los procedimientos contrarios que se siguen en juicios especiales fundados en el espíritu de sus disposiciones; asi por ejemplo, en el juicio ejecutivo se hace la notificacion de la sentencia de remate personalmente al deudor, y lo mismo las notificaciones en los interdictos.

1788. Para que *las notificaciones y citaciones de que habla el art. 1181*, puedan llegar á noticia del litigante rebelde y escitarle á su comparecencia, y para que consten en los autos, *se harán leyendo las providencias que deban notificarse ó en que se hayan mandado hacer las citaciones, en la audiencia pública del juez ó tribunal que las haya dictado. Para hacerlo constar, se extenderán en los autos las correspondientes diligencias que autorizará el escribano y firmarán dos testigos*: art. 1182. Asimismo, para la mayor publicidad de estas diligencias y que como ya indicaban los Goyena, Aguirre y Montalban en su reforma del Febrero, pudieran llegar mas fácilmente á noticia del litigante y aproximarse mas la ficcion de la ley á la naturaleza de las cosas, pues antes solo se consignaban en los autos, *las providencias que se notifiquen y las notificaciones que se hagan en los mismos, se publicarán por edictos que deberán fijarse en las puertas del local donde celebren sus audiencias los jueces ó tribunales, haciéndose constar esto tambien por diligencia*: art. 1183. Además, las sentencias definitivas se publican con igual objeto en los periódicos oficiales, segun diremos mas adelante.

1789. Como el hecho de no presentarse el litigante produce la presuncion de que procede de malicia, y siendo justo dar seguridad al contrario de que no se eludirá por esta circunstancia la satisfaccion de sus reclamaciones, dispone la ley, que *desde el momento en que un litigante haya sido declarado en rebeldía, pueden decretarse, si la otra parte lo pidiera, la retencion de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto seun necesarios para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio*: art. 1184. Esta disposicion no la consideramos aplicable sino respecto del demandado, pues en cuanto al actor, como no hay débito ó cumplimiento de obligacion que asegurar á favor de aquel, no puede ser aplicable sino en el caso de que por efecto de reconvention adquiera el carácter de demandado. En esta retencion y embargo deberá procederse segun las reglas consignadas para el del juicio ejecutivo en los arts. 949, 951 y 952, puesto que militan en el juicio en rebeldía los mismos motivos de consideracion que en aquel para hacerlos menos vejatorios. Aunque este embargo tiene cierta semejanza con la posesion que se daba al demandante en el sistema antiguo de la via de asentimiento, no es aquella misma, como advierte muy bien el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, segun vamos á ver por las disposiciones subsiguientes sobre el modo de verificarse. Asi, conforme al art. 1183, *la retencion se hará en poder de la persona que tuviere á su disposicion ó bajo su custodia los bienes en que hubiere de consistir, si ofreciere garantías suficientes al efecto*, para evitar gastos, dilaciones y molestias innecesarias. *Si no las ofrece*, en concepto del juez, *se le exigirá que las pres-*